ENCICLOPEDIA MODERNA.

SECCION JURÍDICA.

TRATADO

DEL

DERECHO DE DOMINIO

DE LA PROPIEDAD

DE

POTHIER

traducido por

D. MANUEL DEÓ,

NOTARIO.

ANOTADO Y CONCORDADO CON LA LEGISLACION ROMANA
Y LA VIGENTE EN ESPAÑA, FRANCIA, REPÚBLICA ARGENTINA, GUATEMALA
MÉXICO Y URUGUAY

por

D. ANTONIO ELÍAS DE MOLINS

AUTOR DE VARIAS OBRAS DE LEGISLACION.

TOMO VII.



MADRID.
LIBRERÍA DE V. SUAREZ,
CALLE DE JACOMETREZO.

BARCELONA.
LIBRERÍA DE J. LLORDACHS,
PLAZA DE SAN SEBASTIAN.

1882.

TRATADO

DEL

DERECHO DE DOMINIO

DE LA PROPIEDAD.

CAPÍTULO PRELIMINAR.

1. Considéranse, respecto á las cosas que están en el comercio, dos especies de derecho; el derecho que tenemos en una cosa que se llama *jus in re;* y el derecho que tenemos con relacion á la cosa, que se llama *jus ad rem.*

El *jus in re,* es el derecho que tenemos en una cosa en virtud del cual nos pertenece, á lo menos bajo ciertas consideraciones.

El *jus ad rem,* es el derecho que tenemos, no en la cosa, sino tan solo con relacion á la misma, contra la persona que ha contraido la obligacion de dárnosla.

Es aquel derecho que nace de las obligaciones, y que no consiste en otra cosa que en la accion personal que tenemos cantra la persona que ha contraido la obligacion, ó contra la que la ha sucedido, á fin de que sea condenada á darnos la cosa si es que esté en su poder, ó á indemnizarnos de los da-

ños y perjuicios resultantes de la falta de cumplimiento de la obligacion (1).

Es aquel *jus ad rem* que ha formado la materia de nuestro Tratado de Obligaciones y de los que han seguido sobre las diferentes especies de contratos. Vamos á tratar del *jus in re*.

2. Hay muchas especies de *jus in re* que se llaman tambien Derechos Reales.

La principal es el derecho de dominio de propiedad.

Las otras especies de derechos reales que manan de este, y que son como desmembraciones, son los derechos de dominio de superioridad, tales como los señoríos feudal ó censual; el derecho de renta en bienes raices; los derechos de servidumbres, tanto los de servidumbres personales, como los de servidumbres reales ó prediales; el derecho de hipoteca.

Hemos tratado ya del derecho de renta en bienes raices en nuestro tratado de Arrendamiento; en éste no nos ocuparemos mas que del derecho de dominio que tambien se llama *derecho de propiedad*. Dividirémosle en dos partes. En la primera veremos que es el dominio de propiedad; en que consiste; cuales son las diferentes maneras de adquirirlo y de perderlo. En la segunda, trataremos de las acciones que nacen del derecho de propiedad, y finalmente añadiremos un tratado de la posesion.

(1) La Ley 1, tít. 28, Part. 3, define el dominio ó la propiedad; «poder que ome ha en se casa de facer de ello, ó en ello lo que quisiere, segun Dios é segun fuero;» pero otra Ley dice: «maguer el home haya poder de facer en lo suyo lo que quisiere pero débelo facer de manera que non faga daño ni tuerto á otro.» (Ley 13, tít. 32, Partr. 3.) El Código civil de la República Argentina dice que el dominio «es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida á la voluntad y á la accion de una persona.» En el Cod. Mexicano se define «que es el derecho de gozar y disponer una cosa, sin mas limitacion que la que fijan las leyes y segun el francés es el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera mas absoluta.»

PRIMERA PARTE.

QUÉ ES LO QUE SE ENTIENDE POR DOMINIO DE PROPIEDAD; DE LAS MANERAS COMO SE ADQUIERE Y MODO DE PERDERSE.

CAPÍTULO PRIMERO.

Que se entiende por dominio de propiedad y en qué consiste.

3. Actualmente, respecto á las cosas muebles, no hay mas que una especie de dominio que es el dominio de propiedad. Hay igualmente bienes inmuebles que están en franco alodio.

Con respeto á las cosas inmuebles dadas en feudo ó en enfiteusis se distinguen dos especies de dominio; el dominio directo, y el dominio útil.

El dominio directo que los señores del feudo ó censo enfitéutico tienen sobre las heredades dadas en feudo ó enfiteusis es aquel dominio antiguo, original y primitivo de las heredades, del que se ha desprendido el dominio útil, por la enagenacion que se ha verificado, el cual, en consecuencia, no es otra cosa que un dominio de superioridad y un derecho esclusivo que asiste á los señores para hacerse reconocer como á tales por los propietarios y posesores de heredades de ellos adquiridas y de exigirles ciertos deberes y tributos reconocidos en virtud de su señorío.

Esta especie de dominio no es ciertamente el dominio de la propiedad que debe formar la materia del

presente tratado; débeselo antes bien llamar *Dominio de Superioridad*.

El dominio útil de una cosa inmueble encierra todo lo que tiene de útil; como el percibir los frutos, disponer de los mismos á su antojo, con la condicion empero de reconocer como á señor al que tiene el dominio directo.

El dominio útil, respecto á las heredades es el que se llama dominio de propiedad. Al que tiene el dominio útil se le dá el nombre de propietario, ó señor útil; al que tiene el dominio directo llámasele simplemente señor. El es en realidad el propietario de su derecho de señorío, pero popiamente no es él sino el señor útil el propietario de la finca.

4. El dominio *de la propiedad* se llama asi porque es el derecho en virtud del cual una cosa me es *propia* y me pertenece con exclusion de todos los demás.

Este derecho de propiedad, considerado con relacion á sus efectos debe definirse ; el derecho de disponer libremente de una cosa, sin menoscabar, con todo el derecho de otro ni atentar contra las leyes. *Jus de re libere disponendi* ó *jus utendi et abutendi*.

5. Este derecho tiene mucha extension. Comprende, I. El derecho de adquirir los frutos que nacen de la cosa, sea quien sea el propietario que los perciba, sea que estén percibidos por otros sin derecho.

II. El derecho de servirse de la cosa no solamente para los usos á que está naturalmente destinada, si que tambien para el que se le quiera dar cualquiera que sea : por ejemplo, aunque las habitaciones de una casa sirvan únicamente para hospedar á los hombres puede el propietario, si bien le parece, utilizarla para cuadras.

III. Este derecho de disponer encierra el poder que tiene el propietario de cambiar la forma de una cosa, *puta* convirtiendo un campo en prado ó estanque, *aut vice versa :* Tiene el derecho de convertir su cosa, no solamente bajo una mejor forma , si que tambien empeorándola si le parece bien ; una tierra ; por ejemplo, labrantía, volviéndola estéril, en tierra sin cultivo, que tan solo sirva para pasto de los animales.

IV. Este derecho de disponer comprende tambien el que tiene el propietario de perder por completo su cosa si así lo desea. Por ejemplo, el propietario de un cuadro puede borrarlo dándole una capa de color; el de un libro puede si quiere echarlo al fuego ó estropearlo.

V. El derecho de privar á todos los demás de usarla, salvo á aquellos que tuviesen en la cosa derecho de sevidumbre y á los que se les haya concedido, en virtud de contrato para un uso determinado.

VI. El derecho de suponer comprende el derecho que tiene el propietario de enagenar su cosa, igualmente otorgar á otros en la cosa determinados derechos que él quiere, ó de permitir solamente tal uso que él juzge conveniente (1).

6. Aunque el derecho de propiedad abarca todos los derechos, con todo el propietario no puede siempre ejercerlos; puede verse impedido, ó por un defecto de su misma persona ó por alguna imperfeccion de su derecho de propiedad.

7. Los defectos en la persona del propietario son la menor edad, la demencia, la inhabilitacion, ó interdiccion, la sujecion de la mujer casada al poder su marido.

(1) Domolonbe. Tomo 9, desde el núm. 543, Zachariæ, § 277, Código de México, art. 829, Id. de Guatemala, art. 514.

Se distingue en el derecho de propiedad, lo mismo que en todos los demás derechos, el fondo ó interior del derecho y el ejercicio del derecho.

Un propietario de menor edad tiene el fondo de todos los derechos que encierra su derecho de propiedad, pero carece del ejercicio hasta que haya llegado á la mayor edad en uso y goce de sus derechos, ó de una parte de ellos por el matrimonio ó por cartas de beneficio de edad.

Entretanto, tratándose de las cosas que pertenecen al menor, al tutor corresponde el ejercicio de los derechos comprendidos en el de propiedad; en su consecuencia, él es el que tiene el derecho de percibir los frutos de las heredades del menor para emplearlos en provecho del mismo.

El es el que tiene el derecho de vender los muebles para emplear su producto en provecho del menor, ya sea para el pago de deudas ya para la compra de fincas ó adquisicion de rentas. El es el que tiene el derecho de arrendar ó alquilar las heredades del menor; pero sin poder venderlas, á no ser que exista causa en virtud del decreto del Juez y observando las formalidades que se siguen para la enajenacion de los bienes de los menores. La razon es, que el tutor tiene el ejercicio de los derechos que encierra la propiedad de los bienes de su menor solo en utilidad é interés de éste, sin tener el ejercicio de aquellos que le serian perjudiciales.

Todo lo que acabamos de decir del propietario de menor edad, se adapta igualmente al propietario demente é inhabilitado por prodigalidad. El posee perfectamente el fondo de los derechos que comprende la propiedad de sus bienes; pero su demencia ó su inhabilitacion le priva de la facultad de ejercerlos: al curador del inhabilitado es á quien toca su ejercicio en provecho é interés del mismo.

Cuando una mujer, casándose, pasa al poder de su marido, ella conserva el derecho de propiedad de sus bienes: ella tiene en consecuencia el fondo de los derechos que encierra su propiedad; pero, la circunstancia de hallarse bajo el poder de su marido, le quita la facultad de ejercerlos á su gusto, no pudiendo enajenar ni disponer de cosa alguna que le pertenezca, sin autorizacion de su marido como se ha visto ya en nuestro *Tratado del Poder del Marido.*

8. La imperfeccion del derecho de propiedad puede tambien privar al propietario de parte de los derechos que hemos dicho estar comprendidos en el derecho de propiedad los cuales solo lo están cuando la propiedad es plena y perfecta.

Una propiedad es plena y perfecta cuando se continua y cuando sobre la cosa no pesan cargos de derechos reales á favor de ninguna otra persona que no sea el propietario.

Al contrario es imperfecta cuando deba determinarse al cabo de cierto tiempo y llegada cierta condicion.

La propiedad de una finca es igualmente imperfecta cuando la finca se halla gravada de derechos reales constituidos á favor de tercera persona; porque estos derechos reales son del propio modo derechos que han sido desprendidos de la propiedad.

La propiedad es sobre todo muy imperfecta cuando pesa sobre ella un derecho de usufructo: en este caso llámasela, nuda propiedad, *nuda proprietas.*

9. El que solo tiene un derecho de propiedad resoluble de una heredad, se halla privado de una parte de los derechos que la propiedad encierra cuando es perfecta. Aunque la propiedad, siendo perfecta, comprende el derecho de usarla mal y de

perderla, no está permitido al que solo tiene una propiedad resoluble de una finca deteriorarla en perjuicio de aquel á quien debe devolverla por derecho de reversion, ó por pertenecerle á título de sustitucion. Tampoco puede cambiarla de forma; y cuando ha llegado el tiempo de la reversion ó sustitucion, él ó sus herederos vienen obligados á la indemnizacion de los daños y perjuicios que puedan resultar de los deterioros de la finca.

10. El que únicamente tiene una propiedad resoluble de una finca, no puede tampoco ni enajenarla, ni conceder sobre la misma derechos á otros por mas tiempo que el que debe durar su derecho de propiedad: luego de haber llegado al tiempo de su resolucion, la propiedad que ha enagenado, á cualesquiera manos que haya pasado y que se encuentre, se resuelve del mismo modo como si la conservase aun en su poder; igualmente se resuelven todos los derechos que á favor de otros haya concedido. Es el mismo caso del principio. *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

11. Obsérvese, que si aquel que ha adquirido de buena fe una heredad del que solo tenia una propiedad resoluble, la posee durante el tiempo que requiere la prescripcion con la misma buena fe, ignorando siempre que aquel de quien ha adquirido la finca solo tenia una propiedad irresoluble, adquiere, por derecho de prescripcion lo que falta á la propiedad que le ha sido transferida, la cual de resoluble que es, degenera ó se convierte en propiedad perpétua. La prescripcion puede dar el derecho de propiedad á aquel que ha adquirido de buena fe una heredad de otro que no era el propietario y que no ha podido por consiguiente transferirle ningun derecho de propiedad, la prescripcion puede, por

la misma razon, dar lo que falta á la perfeccion de la propiedad de aquel que ha adquirido de buena fe una finca, de aquel que creia tener una propiedad perfecta, y que no teniendo mas que una propiedad resoluble, resoluble tambien le fué transferida.

Igualmente, cuando los que han adquirido algun derecho real en una finca de uno que no tenia mas que una propiedad resoluble, han poseido este derecho de buena fe durante todo el tiempo requirido por la prescripcion, convencidos de que aquel de quien la han adquirido tenia la propiedad perpétua de la heredad, adquiriendo por la prescripcion lo que faltaba á la perfeccion del derecho que han adquirido; el cual de derecho resoluble que era se convierte en derecho perpétuo. Véase lo que decimos *infra*, en nuestro *Tratado de Prescripciones*, part. 2, sobre el derecho de usucapion y prescripcion para los casos en que tiene lugar este derecho.

12. El que no tiene mas que una propiedad imperfecta de una finca, por tener otras personas derechos reales constituidos sobre la misma, se halla tambien privado de varios derechos que están comprendidos en el derecho de propiedad cuando es perfecto.

Por ejemplo, el propietario de una finca gravada de usufructo, ningun derecho tiene á los frutos que nacen de ella durante todo el tiempo que debe durar el usufructo; pertenecen durante todo este tiempo al usufructuario. No puede sin el consentimiento de éste ni cambiar la forma de la finca, ni destruirla ni construir en ella cosa alguna, ni imponer ninguna servidumbre ni generalmente, hacer en ella nada que pueda menoscabar el usufructo.

Del propio modo, el propietario de una finca gra-

vada de cualquier derecho real, nada puede hacer en ella que resulte en perjuicio de este derecho. Por ejemplo, si la finca cuya propiedad me pertenece, está cargada de un derecho de paso á favor del vecino, no me está facultado hacer cosa alguna, en el lugar por donde el vecino tiene el derecho de pasar, que pueda dañar este derecho de paso. Igualmente si la finca de la que tengo la propiedad se halla cargada de un derecho de renta en bienes raíces, no puedo tampoco mal usarla ni deteriorarla, lo cual estaria en mi derecho h cer si tuviese la propiedad perfecta, al contrario vengo obligado á conservarla en buen estado para la seguridad de la renta que debe percibirse, conforme hemos visto en nuestro *Tratado de Arrendamiento.*

13. Hemos definido el derecho de propiedad, el derecho de disponer libremente de una cosa; y añadiendo, sin menoscabar con todo el derecho de otro. Débese esto entender no solamente del derecho actual que á otros corresponde si que tambien del derecho de aquellos á quienes cierto dia debe la cosa pasar. Entiéndase del propio modo no tan solo de los derechos reales que otros tienen en la finca los cuales el propietario por tener tan solo una propiedad resoluble ó imperfecta no puede de ningun modo menoscabar, como anteriormente hemos visto ya, si que tambien del derecho de los propietarios y posesores de fincas lindantes, el cual el propietario de una finca, por mas perfecto que sea su derecho de propiedad, no puede deteriorar, ni por consiguiente atenerse á otras obligaciones que no nazcan de la vecindad y que le prohiben verificar en ella cosas en perjuicio de sus vecinos. Véase lo que á este respecto hemos dicho en el segundo Apéndice que hemos añadido al tinal de nuestro *Tratado del Contrato de Sociedad.*

Finalmente en nuestra definicion despues de las palabras *sin menoscabar el derecho de otro*, hemos añadido *ni atentar contra las leyes;* porque por mas extenso que sea el derecho que tiene un propietario de hacer de la cosa lo que le plazca, no puede sin embargo ejecutar lo que las leyes le prohiben. Por ejemplo, aunque el propietario de un campo pueda plantar en él todo lo que quiera, no obstante no le está permitido verificar en el mismo un plantío de tabaco, por existir leyes que prohiben estas plantaciones en el reino, como contrarias á los intereses de la renta del tabaco.

Igualmente, aunque el derecho de propiedad de una cosa encierra el derecho de venderla y de transportarla á donde le dé á uno la gana, no se le permite v. gr. transportar su trigo fuera del reino, cuando existe una ley que prohibe expresamente la exportacion. No puede un comerciante vender en sus graneros una cantidad considerable de trigo, sobre tod, en un tiempo de carestía, en perjuicio de las leyes de policía que ordenan conducirlo y venderlo en el mercado.

Igualmente aunque la propiedad de una cosa comprende el derecho de *mal usarla* y de perderla un comerciante propietario de una cantidad considerable de trigo el cual difiriendo su venta por largo tiempo, en la confianza de que encareciere el precio, lo hubiese dejado perder en un tiempo de carestía, seria culpable para con el público de una injusticia considerable, puesto que la ley natural no le permite abandonar un artículo de primera necesidad con notable perjuicio del público del cual no puede prescindir.

15. El dominio de propiedad, al igual que todos los demás derechos, tanto *in re* como *ad rem*, supo-

ne necesariamente una persona en la que subsiste este derecho y á la cual pertenece.

No es necesario que sea una persona natural tales como las personas consideradas como particulares á quienes el derecho pertenece; este derecho al igual que todas las demás especies de derechos, puede pertenecer á entidades y á comunidades que no tienen mas que una persona civil é intelectual.

Cuando un propietario muerto ya, nadie puede aceptar su sucesion, considérase esta sucesion vacante como si fuere una persona civil y como la continuacion de la persona del difunto; subsistiendo por una ficcion en esta persona el dominio de propiedad de todas las cosas que pudieran pertenecer al difunto: *Hæreditas jacens personæ defuncti locum obtinet.*

El derecho de propiedad siendo, como lo hemos visto *supra* n.° 4, el derecho en virtud del cual una cosa nos pertenece con exclusion de todos los demás, es de esencia de este derecho que dos personas no pueden tener cada una en su totalidad el dominio de propiedad de la misma cosa; *Celsus ait: Duorum in solidum dominium esse non potest;* 1, 5, § 15, ff. *commod.*

Es porque, teniendo yo el derecho de propiedad de una cosa, otro no puede, *per rerum naturam* llegar á ser propietario de la misma, en tanto que yo no deje por completo de serlo; y él no puede adquirir la propiedad por ninguna parte, sino cesando ya de ser propietario de aquella parte que el pueda adquirir. La razon es que *propre et commun* se contradicen. Si se supone que otro sea el propietario de una cosa de la que yo lo soy, entonces esta cosa es comun entre nosotros, y si es comun no puede decirse que me sea propia en su totalidad y que en

su totalidad tambien me pertenece la propiedad, porque *propre et commun* son dos cosas contradictorias.

En cuanto á esto el *jus in re* es diferente del *jus ad rem*, muchas personas pudiendo ser, cada una por el total, acreedores de una misma cosa, sea por una misma obligacion, cuando ha sido contraida á favor de muchos acreedores, solidarios, como hemos visto en nuestro *Tratado de las Obligaciones*, part. 2 cap. 3 art. 7, sea por diferentes obligaciones tanto de un mismo deudor como de diferentes deudores. La razon de la diferencia es que no es posible que lo que me pertenece pertenezca al proprio tiempo á otro; pero en nada obsta que la misma cosa que me es debida se deba tambien á otro.

17. Muchos no pueden, ciertamente, tener la propiedad de una misma cosa en su totalidad, mas pueden tener la misma propiedad en comun, cada uno por una parte determinada. Esto no es contrario á lo que hemos dicho que la propiedad es el derecho en virtud del cual una cosa nos pertenece con exclusion de todos los demás: porque este derecho de propiedad que tienen en comun, es el mismo derecho en virtud del cual la cosa les pertenece en la calidad dicha, con exclusion de todos los demás; y entre ellos la parte que cada uno tiene, le pertenece á él solo exclusivamente al igual que á sus copropietarios; porque la parte que uno tiene en la cosa comun no es la parte del otro y cada uno solo tiene el derecho de disponer de la suya.

Esas partes que cada uno de los que le pertenece el derecho de propiedad de una cosa en comun, tienen en la cosa comun, no son partes reales que no pueden estar formadas por la division de la cosa, sino partes intelectuales. En este sentido dice la ley 66,

§ 2 ff. *de légat* 2: *Plures in uno fundo dominium juris intellectus non divisione corporis obtinent.*

Muchos pueden lo mismo ser propietarios en comun de una cosa que no es susceptible de partirse como intelectuales, tal como es un derecho de servidumbre que pertenece á varios propietarios de una casa á los cuales es debida la servidumbre. Aunque en ese caso, cada uno de los copropietarios de ese derecho de servidumbre lo sea por el total, ese mismo derecho no siendo susceptible de partes, no desmo derecho con toda la máxima expuesta en el número virtua con toda la máxima expuesta en el número precedente. *Duorum in solidum dominium esse non potest,* porque esta máxima se toma en el sentido, de que muchos no pueden ser cada uno de por sí, propietarios por el total de una misma cosa en comun. Pues, en nuestra especie, cada uno de los copropietarios no lo es separadamente del derecho de servidumbre; lo son tan solo en comun, no lo son *totaliter* que todos juntos.

18. El dominio de propiedad, al igual que el *jus ad rem*, supone una causa que lo produce en la persona que tiene ese derecho. Existe empero esta diferencia: que el dominio de propiedad de una cosa que he adquirido á un título no puede pertenecer á otro, escepto en el caso de que el uno sea completamente del otro, en lugar de que una misma cosa puede serme debida por diferentes títulos: *Non ut ex pluribus causis idem nobis deberi potest, ita ex pluribus causis idem potest nostrum esse:* l. 156 ff. de Reg. Jur. *Dominium non potest nisi ex una causa contingere;* l. 3, § 4 *de adq. possess.*

La razon de diferencia es, que no hay posibilidad que vuelva á adquirir lo que ya me pertenece. Porque habiendo una vez adquirido la propiedad de una cosa en virtud de un título, no pudiéndola

adquirir mas, tan solo puede ella pertenecerme en virtud del único título por el cual la he adquirido; al contrario, no obsta que una cosa que me es debida por un título, me lo sea todavía por otro. Por ejemplo, supongo yo que Pedro me ha vendido cierta cosa, otorga enseguida su testamento por el cual me la lega. Resulta que los herederos de Pedro me deben esta cosa por dos títulos, esto es, en virtud de la venta que Pedro me ha hecho y en virtud tambien del legado. Por esta misma cosa tengo contra ellos dos acciones, la accion *ex empto* y la accion *ex testamento;* y si esta cosa que me ha sido vendida por Pedro, me hubiese sido legada por Pablo, se me deberia por los herederos de Pedro y por los de Pablo.

Capítulo II.

Del modo de adquirirse el dominio de propiedad y de la manera de perderse.

19. Los modos de adquirir el dominio de propiedad de una cosa por el derecho natural y de gentes se reducen á tres: la ocupacion, la accesion, y la tradicion. La ocupacion formará la materia de las dos primeras secciones de este capítulo. En la primera trataremos de la ocupacion de las cosas que no pertenecen á nadie; en la segunda de las aprehensiones hechas al enemigo. La accesion formará la materia de la tercera y la tradicion de la cuarta. Referiremos en una quinta seccion, los modos de adquirir el dominio de propiedad que son del derecho civil. En la sexta trataremos de las personas por medio de las que podemos adquirir el dominio

de propiedad. Y en la sétima y última seccion nos ocuparemos del modo de perderse el dominio de propiedad.

SECCION PRIMERA.

De la ocupacion de las cosas que no pertenecen á nadie.

20. La ocupacion es el título por el cual se adquiere el dominio de propiedad de una cosa que no pertenece á nadie, concurriendo el ánimo de adquirirla. *Quod enim nullius est ait Caius id ratione naturali occupanti conceditur:* l. 3 ff. *de acq. rer. dom.*

En uno de los primeros artículos veremos cuáles son las cosas que no pertenecen á nadie, cuyo dominio de propiedad puede ser adquirido por el primer ocupante. Luego recorreremos las diferentes especies de ocupaciones que son, la caza, la pesca, la caza de pájaros, la invencion y la ocupacion simplemente dicha (1).

Como la caza merece un artículo aparte, formará la materia del artículo segundo. En un tercer artículo trataremos de la pesca y de la caza de pájaros, en un cuarto de la invencion y en un quinto de la ocupacion propiamente dicha.

ARTÍCULO PRIMERO.

Cuales son las cosas que no pertenecen á nadie, cuyo dominio de propiedad puede ser adquirido á título de ocupacion.

Dios tiene el supremo dominio del universo y de todas las cosas que encierra. *Domini est terra et*

(1) Leyes 5 y 49, tit. 28 Part. 3. Instituta lib. 2 tit. 1 § 46; L. 3 Dig. De adq. rer. Dom. Cod. de la Rep. Argentina art. 20 tit. 5 lib. 5.

plenitudo ejus, orbis terrarum et universi qui habitant in eo.

Por el género humano creó él la tierra y todas las criaturas que comprende, concediéndole un dominio subordinado al suyo. *Quid est homo,* esclama el Salmista, *quia reputas eum?..... Constituisti eum super omnia opera manuum tuarum, omnia subjecisti sub pedibus ejus, etc.*

Dios hizo esta donacion al género humano por las siguientes palabras que dirigió á nuestros primeros padres, despues de su creacion. *Multiplicamini et replete terram et subjicite eam, et dominamini piscibus maris, etc. Genes.* l. 28.

Desde luego los primeros hombres tuvieron en comun todas las cosas que Dios habia dado al género humano. Esta comunidad no era una comunidad positiva, semejante á aquella que existe entre varias personas que tienen en comun el dominio de una cosa en la que cada una tiene su parte; era una comunidad que los que han tratado de estas materias llaman comunidad negativa, que consistia en que esas cosas que eran comunes á todos no pertenecian más á unos que á otros y que ninguno podia privar á otro de tomar de esas cosas comunes lo que le pareciere á propósito para utilizarlo en sus necesidades. Mientras se servia uno de la cosa no podian los demás sustraérsela; pero despues de haber cesado de usarla si no pertenecia al género de aquellas que no se consumen con el uso á que se les sujeta, esta cosa entraba nuevamente en la comunidad negativa y en disposicion de poderla otro usar.

Multiplicándose el género humano, los hombres se dividieron la tierra y la mayor parte de las cosas que existian sobre su superficie; lo que tocó á cada uno empezó á pertenecerle exclusivamente; hé aquí el orígen del derecho de propiedad.

Todo no fué comprendido en esta division, muchas cosas quedaron y muchas son aun en el dia que forman parte de este antiguo estado de comunidad negativa.

Los jurisconsultos llaman á estas cosas *res communes*. Marcien cita muchas especies; el aire, el agua que fluye por los rios, el mar y las playas. *Naturali jure omnium communia sicut illa, aer, aqua profluens, et mare et per hoc littora maris;* l. 2, § 1, ff. *de divis. rer.* (1).

Entre los animales, los que se llaman domésticos, tales como los caballos, los asnos, las ovejas, las cabras, las vacas, los perros, las gallinas, las ocas, etc., han entrado en la division que se realizó entre los hombres, y son cosas cuyo dominio corresponde á los particulares, al igual que todos los demás bienes; dominio que conservan, aun cuando hubiesen perdido la posesion.

En cuanto á los animales salvajes, *feræ naturæ* han quedado comprendidos en el antiguo estado de comunidad negativa.—Todas estas cosas que encierra el antiguo estado de comunidad negativa se llaman *res communes*, por causa del derecho que asiste á cada uno de hacerse dueño de las mismas. Llámaselas tambien *res nullius* porque nadie tiene su propiedad, mientras permanezcan en este estado ni poder para adquirirlas sino apoderándose de ellas (2).

(1) L. 5 tít. 28 Part. 3. Foullier Tom. 4 N. 37 y sigs. Cod. Rep. Argentina art. 22 tít. 5 lib. 3.

(2) Por la aprehension se adquiere el dominio de los animales fieros aunque sean heridos y perseguidos por personas diversas del aprehensor; de los amansados ó domésticos que vuelven á su primer estado; de las aves y pescados del mar y del rio, en heredad propia ó agena. En el último caso si existe prohibicion del dueño de la heredad será de este todo lo que se caze. (Leyes 17, 19, 21 y 22, tít. 28, Part. 3, Dec. de 13 Diciembre de 1837 y 13 de Mayo de 1834).

22. Son cosas que á nadie pertenecen en tanto que permanecen en la comunidad negativa, las cuales son susceptibles de adquisicion que se verifica á título de ocupacion.

Hay además otras cosas que tampoco pertenecen á nadie, tales son las de *Divini juris*, como una iglesia, un cementerio, etc. *Res sacræ, religiosæ et sanctæ in nullius bonis sunt;* l. 6, § 2, ff. *de divis. rer.*: pero nadie tiene el derecho de apoderarse de ellas (1).

Los bienes vacantes de una persona que no ha dejado herederos, tampoco tienen pertenencia propia; sin poder, empero, los particulares hacerse dueños de ellas: es el fisco á quien exclusivamente pertenecen (2).

ARTÍCULO II.

De la caza (3).

23. La caza es una especie de título de ocupacion, en virtud del cual un cazador adquiere el do-

(1) Los templos y sus altares, los ornamentos de los mismos, las cruces, los cálices y lo demás destinado al culto divino son cosas sagradas y estan fuera del comercio de los hombres. (L. 13 tít. 18 Part. 3.)

(2) Tít. 22 lib. 10 de la Nov. Rec. La L. de 9 de mayo de 1835, art, 2 dispone que corresponden al Estado los bienes de los que mueren ó hayan muerto intestados sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes vigentes. A falta de dichas personas heredarán con preferencia al Estado 1.º Los hijos naturales legalmente reconocidos, y sus descendientes por lo respectivo á la sucesion del padre y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre. 2.º El conyuge no separado por demanda de divorcio intestado al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que á su muerte deberán volver los bienes raices de aboleugo á los colaterales 3.º Los colaterales desde el 5.º hasta el 10º grado inclusive computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesion..

(3) La legislacion vigente en España sobre caza es la Ley de 10 de Enero de 1879 en la que se establece que el derecho de cazar puede ejercitarse en los terrenos del Estado ó de los pueblos y en los de

minio de propiedad de la caza de la cual se apodera.

En un primer párrafo veremos cuáles son los principios del derecho romano sobre la caza. En un segundo, expondremos cuáles son aquellos á quienes pertenece el derecho de caza, segun nuestra jurisprudencia francesa; y en un tercero en qué consiste.

§ I. *Cuales eran los principios del derecho romano sobre la caza.*

24. Entre los romanos el permiso de cazar regia en absoluto. Consistia esto en que los animales salvajes, ya fuesen cuadrúpedos ya volátiles, mientras estuviesen *in laxitate naturali* y permaneciendo en el antiguo estado de comunidad negativa y no perteneciendo á nadie, cada uno tenia el derecho de apoderarse de ellos y de adquirir por consiguiente su propiedad. *Omnia animalia quæ terra, mari capiuntur, id est feræ bestiæ, et volucres, et pisces capientium fiunt;* l. 1, § 1 ff. *de adquir. rer. dom.*

Nada implica, á este respecto, que el acto con que uno se apodera de estos animales salvajes se verifique en heredad propia ó en heredad agena: *Nec interest utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno;* l. 3. § 1.

El propietario de la heredad puede privar la en-

propiedad particular, con sujecion á lo que dispone aquella Ley. En
los terrenos del Estado ó de los pueblos que no se hallan vedados por
quien corresponde será lícito cazar al dueño y los que este autorice,
si s n varios los dueños cada uno tiene aquel derecho. Cuando el
usufructo se halle separado de la propiedad, y la finca está concedida
en efiteusis, el derecho de cazar corresponde al usufructuario ó enfi-
teuta. Cuando la finca esté en administracion ó en depósito judicial ó
voluntario, incumbe al administrador ó depositario la facultad de
conceder ó negar el permiso de cazar.

trada al que intente cazar en ella. Plane añade el jurisconsulto, *qui in fundum alienum ingreditur venandi occupandive gratia potest a domino si is præviderit, prohiberi ne ingrederetur;* d. § 1. Es una consecuencia del derecho de propiedad de la finca; *Supra* n.º 5.

Pero si ese cazador, contra la prohibicion del propietario de la heredad ha entrado en la misma, ¿habrá adquirido por lo menos el dominio de la caza de la cual se ha apoderado en esta heredad? Cujas. Observ. IV. 2, dice que en este caso no lo adquiere. Vinnius rechaza esta opinion: alega que el propietario tiene contra el cazador la accion *injuriarum*, porque siendo propietario de la heredad, ha tenido el derecho de prohibirle el pasar; pero no siendo propietario de los animales salvajes de los cuales el cazador se ha apoderado en su herencia, ninguna razon le asiste para impedir que este no adquiera el dominio.

25. Nótese que para que un cazador sea considerado como hecho dueño del animal y haber adquirido el dominio, no es precisamente necesario que le haya puesto la mano, basta que, de cualquier modo que haya sucedido, el animal resulte en su poder de manera que no haya medio de que se escape. Es porque si habiendo yo tendido un lazo en un lugar donde podia por derecho hacerlo, un jabalí ha caido en él sin poder escaparse, he adquirido desde entonces el dominio, y si alguno le hubiese sacado del lazo y facilitado la fuga, tendria yo contra él la misma accion que pudiera tener contra un hombre que hubiese echado al rio mi vaso.

¿Sería lo mismo si hubiese yo tendido el lazo en lugar donde ningun derecho tenia de tenderlo? Pró-

culo opina que nada implica en cualquier lugar que lo haya yo tendido: *In laqueum quem venandi causa posueras aper incidit; cum in eo hareret, exemptum eum abstuli; num tibi videor tuum aprum abstulisse? Et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimissem, escasu tuus esse desiisset, an maneret? Quam actionem mecum haberes; si desiisset tuus esse, num in factum dari oportet, quæro? Respondit: Laqueum videamus, ne intersit in publico an in privato posuerim, et si in privato posui, utrium, in meo an in alieno posuerim? Et si in alieno utrium permissu ejus cujus fundus erat, an non permissu ejus posuerim? Praeterea utrium in eo hælerit aper et expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit? Próculo* no se para mas que en esta última distincion y haciendo caso omiso de las demás, continua así: *Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit, sin autem aprum meum factum in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo facto meus esse desiisset; et actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, quin quidam poculum alterius ex nave ejecisset;* l. 55. ff. *de acq. rer. dom.*

En nuestra jurisprudencia el que hubiese tendido un lazo ú otras trampas en un lugar donde no tenia derecho de tenderlos, no seria oido si pretendiese que la caza que se le hubiere cogido fuese suya, ni si intentara ejercer alguna accion contra los que se la han arrebatado; no puede del mismo decirse que la caza, sacándola del lazo ó trampa que ha tendido, cayese en su poder; porque no estaba facultado para irla á tomar, teniendo el propietario del lugar ó sus dependientes, el derecho de impedirle el llevársela.

26. Los jurisconsultos romanos han abordado

tambien la cuestion si bastaria que hubiese yo herido al animal para que se me considerase desde entonces como adquisidor del dominio que no podria perder sino en el caso de abandonar su perseguimiento; de manera que si mientras yo sigo la pista al animal herido, otro se apoderase del mismo seria considerado como si me lo hubiese robado; Este es el parecer del jurisconsulto de Trebacio. Cayo abraza la opinion contraria por la razon que un animal que hemos herido no queda por eso en nuestro poder, pudiendo llegar el caso de escapársenos sin poderlo alcanzar; l. 5, § 1. ff. *d. tit.*

Puffendorf, lib. 4. cap. 6. n. 10 distingue sobre esta cuestion. Dice que si la herida fuese de consideracion y que pareciese verosímil haber el cazador alcanzado al animal, no puede otro apoderarse del mismo, mientras lo persiga el que lo ha herido; pero que si la herida es leve, queda para el primer ocupante.

Barbeyrae participa de una opinion totalmente opuesta: Es de parecer que basta que persiga yo a animal, aunque todavía no lo hubiese herido, para que se me considere, mientras siga persiguiéndole, como el primer ocupante al objeto de otro, en este interin, no pueda apoderarse de él. Esta opinion, mas civil, está puesta en uso. Guarda conformidad con un artículo de los antiguos de Saliens; es el art. 5. tit. 35 donde se encuentra: *Si quis aprum lassum quem alieni canes moverunt, acciderit et furaverit, D. C. denarios culpabilis judicatur.*

§ II. *De la anulacion del derecho que permitia la caza universal. Cuales son las personas á quienes por nuestras leyes francesas era permitida, y sobre las que recaia la prohibicion.*

27. En Francia, al igual que en los demás estados de Europa las leyes han restringido la libertad que el puro derecho natural daba á cada particular de apoderarse de los animales que, permaneciendo *in naturali laxitate*, se hallan comprendidos en el antiguo estado de comunidad negativa, y no pertenecen propiamente á nadie. Los soberanos hánse reservado para sí y para aquellos á quienes han juzgado á propósito concederlo el derecho de caza en toda clase de animales, prohibiéndola á los demás particulares.

28. Algunos antiguos doctores han dudado si los soberanos habian tenido el derecho de reservarse la caza, y de prohibirla á sus súbditos. Alegan que Dios habiendo dado á los hombres el imperio sobre las bestias, como lo hemos visto *supra*, el príncipe no estaba en su derecho al privar á sus súbditos de un derecho que Dios les habia legado. La ley natural, dicen, permitiendo la caza á todo particular, la ley civil que la prohibe es contraria á la ley natural y sobrepuja por consiguiente el poder del legislador que sometido del mismo modo á la ley natural, no puede decretar cosa alguna que le sea contrario.

Fácil es contestar á estas objeciones. De que Dios dió al género humano el imperio sobre las bestias, no se deduce que se permita á cada indivíduo del género humano ejercer este imperio. La ley civil no debe, dicen, ser contraria á la ley natural. En

cuanto á lo que manda la ley natural ó en cuanto á lo que prohibe, es verdad, pero la ley civil puede restringir la ley natural en aquello que la misma no hace mas que permitir. La mayor parte de las leyes civiles no son mas que restricciones de lo que la ley natural permite. Puesto que, aun cuando en los términos del derecho natural mas puro, la caza fué permitida á todo particular, el príncipe ha estado en su derecho el reservarla para sí y para cierto género de personas, y prohibirla á otras. La caza siendo un ejercicio á propósito para desviar á los labradores y artesanos de sus propios quehaceres, y á los mercaderes de su comercio, era útil prohibírselo no solamente por su propio interés si que tambien por el interés público. La ley que prohibe la caza es pues una ley justa la cual ni moral ni civilmente pueden contravenir aquellos á quienes se les ha prohibido.

29. La ley mas antigua que conocemos que haya prohibido en Francia la caza á los plebeyos es una órden de Cárlos VI del mes de Enero de 1366. Hállase en el Código de caza un artículo de esta órden, que dice: « Ninguna persona no noble de nuestro reino, si no tiene al efecto concedido privilegio, ó no tiene cargo expreso de parte de indivíduo que pueda ó deba dárselo ó que no sea eclesiástica ni ciudadano que viva de sus posesiones y rentas, etc. se atreviese á cazar, no podrá apoderarse de las bestias mayores ni de los pájaros ni valerse para ello de perros, hurones, cuerdas, etc. »

Parece por un fragmento de una antígua instruccion sobre la caza, que se encuentra en este mismo libro, que antes de existir esta órden, la caza era permitida á todos los particulares sin escepcion de clase, salvo en determinados parajes; y con

esta salvedad, no podrian ellos echar mano de artificios ni cazar las bestias mayores, lo cual tan solo era permitido á los hidalgos.

Hé aquí lo que dice el artículo primero. «Las personas no nobles pueden cazar en todas partes, fuera de las madrigueras de las liebres y conejos, con galgos, podencos ó perros, con aves y bastones: pero sin armar ningun artificio para la captura de los animales mayores á no tener título.» Y en el artículo 3, se dice: «Los hidalgos pueden cazar fuera de las madrigueras ó liebres, conejos con toda la clase de artificios y hasta en sus guaridas si la tienen.» Y en el art. 4.°: «Los hidalgos pueden cazar los animales mayores en sus guaridas y en las de sus vecinos con ó sin su permiso.»

Obsérvese que por la órden de Cárlos VI, que hemos transcrito la cual prohibe terminantemente la caza á los no nobles, á los ciudadanos que no vivan de sus posesiones y rentas, es decir, los que no ejercen ningun arte mecánico ni profesion liberal, se hallan expresamente exceptuados.

Francisco I por su decreto de 1515 ha hecho revivir las licencias de cazar, habiendo impuesto al efecto penas muy severas. Dice el preámbulo. «Informado que muchos sin licencia de cazar ni siendo privilegiados para hacerlo, cogen animales rojos y negros, como liebres, perdices..... con cuyo entretenimiento pierden un tiempo precioso, que deberian emplear en su propio trabajo, artes mecánicas ú otros, segun el estado ó vocacion que tengan cuyas cosas redundan en notable detrimento de la cosa pública.»

En el artículo 16, dice: «Prohibimos á todos nuestros súbditos no nobles y sin licencia de cazar, que tengan perros, lazos, etc.» Claudio Rousseau y el

autor de las Nuevas Notas, observan que, por las palabras, *sin licencia alguna de cazar*, los ciudadanos viviendo noblemente para los cuales el derecho de cazar ha sido expresamente conservado por la órden de 1366, están esceptuados de la prohibicion hecha por este artículo.

Estos autores hacen la misma observacion referente al artículo 8 de la órden de Enrique IV del mes de Junio de 1601 que dice: «En cuanto á los mercaderes, artesanos, trabajadores, labradores, y otros de semejantes clases de gente plebeya, les hemos prohibido hacer uso del arcabuz, etc.»

30. El decreto de 1669 que regula hoy dia la jurisprudencia sobre la caza, ha anulado la distincion de estos autores con respecto á la prohibicion de cazar hecha á los plebeyos; la permite tan solo, por el artículo 14, á los señores, es decir, á los propietarios del feudo y á los nobles. «Permitimos, dice, á todos los señores hidalgos y nobles el cazar noblemente por medio de perros y pájaros, en sus bosques, matorrales, conejares y llanuras, con tal que estén distantes una legua del lugar de nuestras diversiones, como tambien los corzos y animales negros á la distancia de tres leguas.»

Y por el artículo 228 la prohibe indistintamente á todos los plebeyos y no nobles, de cualquier estado y condicion que sean, salvo á aquellos que son propietarios de feudos, los cuales en esta calidad tienen derecho á la caza en toda la extension de sus feudos. Hé aquí como se expresa el citado artículo: «Prohibimos á los mercaderes, artesanos, ciudadanos y habitantes de las villas, ciudades, parroquias, pueblos y aldeas, labradores y plebeyos de cualquier *estado* y *condicion* que sean, no poseyendo feudos, señoríos y señoríos de vasallos, el cazar en cualquier

lugar, bajo cualquier forma, sobre cualquier caza de pelo y pluma que pueda recaer bajo la pena de cien libras de multa por la primera vez, el doble por la segunda y por la tercera, obligado á permanecer atado á la argolla del lugar de su residencia, en dia de mercado y desterrado durante tres años del distrito, sin que, por cualquier causa que sea, los jueces puedan moderar el castigo, bajo pena de inhabilitacion.»

31. Obsérvese que el permiso que los decretos dan á los nobles de cazar, no les confiere el derecho de cazar por las tierras de otro sin el consentimiento del propietario á quien el derecho de caza pertenece sobre las referidas tierras; pero mediante su consentimiento, pueden cazar en las mismas, sin podérselo privar los empleados de la caza, porque siendo nobles les es por esta condicion permitida la caza en virtud de ciertas órdenes. Al contrario, los plebeyos, siendo por su calidad de plebeyos, de una condicion en cuya virtud se les ha prohibido la caza, puédeseles privar de ejercerla, aun sobre las fincas del señor del feudo en uso del permiso que les hubiese concedido, puesto que no podia concederlo á aquellos á quienes, por su condicion, está prohibida.

§ III. *¿A quién pertenece el derecho de caza?*

32. El derecho de caza corresponde al Rey en su reino; su calidad de soberano le confiere derecho de hacerse dueño, con exclusion de todos los demás, de las cosas que no pertenecen á nadie, tales como los animales salvajes: los señores y todos aquellos que tienen derecho de caza, lo ejercen en virtud de autorozacion suya, pudiendo introducir en ella las

restricciones y modificaciones que le parezcan oportunas. Es porque, en las diferentes órdenes que sobre la caza se han promulgado, el rey se sirve siempre de la palabra *permitimos*. En la de Enrique IV del mes de Enero 1600, art. 4.°, se dice: «Permitimos á todos los señores é hidalgos el cazar en sus bosques, matorrales y sobre sus campos, etc.» Y en el art. 5.°: «Les permitimos tambien hacer disparos con el arcabuz, en toda la extension de sus feudos, á las aves de los rios, etc.» El mismo rey en la declaracion de 14 de Agosto de 1603, en virtud de la que revoca la licencia de cazar con el arcabuz, se expresa de este modo: «Al hacer Nos un reglamento general sobre la caza, *para remunerar nuestra nobleza*, habríamos, por los artículos quinto y sexto permitido á los señores hidalgos y nobles el disparar con el arcabuz en sus posesiones á cualquiera clase de caza no prohibida... pero lejos de que esta nuestra gratificacion reportase algun remedio á los desórdenes, etc.»

Esta prohibicion fué revocada por otra declaracion del año siguiente. La órden de 1669 en el artículo 14 arriba citado, emplea tambien la palabra *permitimos*. El rey no ha permitido en todas partes el derecho de caza. Hay ciertos lugares reservados para las distracciones de Su Majestad lugares llamados *posesiones reales* en cuya extension nadie puede cazar. La órden de 1669 art. 20 dice: «Prohibimos á todas las personas de cualquiera calidad y condicion que sean, prohibimos el cazar con el arcabuz ó con perros en la extension de las posesiones, de nuestras casas reales de *San Germain*, *Fontainebleau*, *Cambor*, *Vincennes*, *Livri*, *Compiegne*, *Bois de Boulogne*, *Varenne de Louvre* aun á los señores de vasallos y á todos los demás aunque pro-

vistos del título ó licencia generales ó particulares, interpretaciones, decretos y sentencias que nosotros revocamos sin perjuicio de conceder nuevas licencias.»

Esta prohibicion tiene igualmente lugar hasta cierta distancia de los límites de las referidas posesiones reales. Apóyase esto en el art. 14: «Permitimos á todos los señores hidalgos y nobles el cazar noblemente, por medio de perros, aves en sus bosques, matorrales, conejares y llanuras con tal que estén alejados á la distancia de una legua, de nuestras diversiones, aun á los corzos y bestias negras á la distancia de tres leguas.» Está igualmente prohibido á todos los señores hidalgos y señores de vasallos y otras personas de cualquiera calidad y condicion que sean el cazar en los bosques, matorrales, conejares y llanuras del rey sino tienen título ó licencia; órden de 1669 art. 13. Estas cartas y licencias deben estar registradas en el asiento de la Tabla de mármol, segun la órden de 1601 art. 1.° y de 1607 art. 2.° Rousseau en su nota sobre el artículo 1.° de la órden de Francisco I de 1515 que contiene la misma disposicion, dice que estas palabras *en nuestros bosques* comprenden aun aquellos en donde el rey tiene derecho de jurisdiccion para su guardia ú otro semejante derecho si no hay título en contra, y cita sentencias de la Tabla de mármol.

34. En cuanto á las posesiones de los particulares que no están comprendidas en las de las distracciones del rey, en aquellas que se han dado en feudo, el propietario es quien las tiene en esta calidad, el cual tiene el derecho de caza sobre las mismas y no el señor de quien él las tiene en feudo. La tenencia en feudo siendo una tenencia noble el señor de quien tiene él estas tierras en feudo es con-

siderado como adquisidor no solamente de los derechos útiles, si que tambien hasta de los derechos de honor que les son inherentes, tal como el derecho de cazar.

Aunque el señor de quien las haciendas dependen en feudo no tenga el derecho de cazar sobre las mismas, la jurisprudencia con todo se lo consiente algunas veces, con tal que lo verifique personalmente y que use de este derecho moderadamente, es decir que vaya á cazar raramente y tan solo cuando hay necesidad de hacer conocer el dominio de superioridad que tiene sobre el feudo.

Relativamente al derecho de caza que un propietario del feudo tiene sobre el mismo, réstanos observar que nada importa que el propietario sea noble ó plebeyo. Esto es lo que viene á suponer en términos esplícitos la órden arriba citada en su artículo 28, al ocuparse de la prohibicion de la caza á todos los plebeyos *no poseyendo feudos*.

35. Pasamos á las haciendas dadas en censo. El propietario que las tiene en censo, ó sea el enfiteuta, no correspondiéndole mas que los derechos útiles no puede tener sobre las referidas haciendas el derecho de caza, que es un derecho de honor; al señor de quien las susodichas fincas son dadas en censo, es el que tiene el derecho de caza sobre las mismas; no habiendo concedido á su censatario más que los derechos útiles, dándoselos á este título ha conservado el derecho de caza que es un derecho de honor inherente al dominio directo que se ha retenido sobre las fincas de que se trata.

36. Se ha suscitado la cuestion si un hidalgo propietario de fincas dadas á censo, aunque el derecho de caza sobre las fincas en cuestion pertenece al señor de quien él las tiene en censo, debe tener

por lo menos, en su calidad de hidalgo el derecho de cazar personalmente sobre las mismas. Dícese en sentido favorable al hidalgo que la órden de 1669, art. 14 permite á los hidalgos el cazar *en sus bosques, matorrales, conejares y llanuras* sin distinguir si los tienen en feudo ó á censo; que si ellos solo tuviesen el permiso de cazar en las fincas que tienen en feudo y de las cuales pueden llamarse *señores*, hubiese bastado en este artículo decir simplemente *los señores* resultando inútil el añadir *hidalgos y nobles*. Si el hidalgo tenia derecho de cazar sobre las haciendas tan solo cuando las posee en feudo, ninguna diferencia existiria entre el hidalgo y el plebeyo, puesto que éste, lo mismo que aquel, puede cazar sobre las fincas que le han sido dadas en feudo, con todo la órden de 1669 y las precedentes la consideran muy notable puesto que consienten la caza á los hidalgos mientras que la prohiben á los plebeyos.

Añádese por último que el señor en la finca dada á censo á un hidalgo, proviniéndole solo el derecho de caza del permiso del rey, no debe desaprobar que el rey haya concedido al hidalgo esta recreacion sobre su finca, lo que no le irroga perjuicio alguno. No obstante estas razones, recuerdo que en un proceso entre el señor de Chateauneuf-sur-Loire y un hidalgo de orígen muy remoto, que era propietario de una finca dada á censo, fallóse que no correspondia al hidalgo el derecho de caza sobre la misma. Fúndase esto, en que teniendo su finca á censo, no le corresponden otros derechos que los útiles; no tiene pues el derecho de cazar, no siendo considerado este derecho como útil y si un derecho de honor que se considera reservado para el señor que ha dado su finca á censo.

Aunque el rey da á los hidalgos el permiso de cazar, no pueden hacerlo valer sino tratándose de sus propios feudos, á menos que los señores se lo consientan buenamente. No puede por esto decirse que el permiso de cazar que la ley concede á un hidalgo le sea inútil: porque le confiere el poder de cazar por todo donde el propietario del feudo, á quien el derecho de caza pertenece, quiere de buena gana permitírselo; á la par que no es permitido al plebeyo el cazar sobre el feudo de otro, aunque sea con el permiso del propietario del feudo. Así con todo, en rigor, hay que confesar que es algo duro é inhumano que un señor prive á un hidalgo de esta recreacion sobre la finca que de él tiene en censo, en el caso que no la use mal.

37. Réstanos tratar de las fincas que están en franco alodio es decir, que no dependen de ningun señor escepcion hecha de la justicia. Hay dos especies de francos alodios el noble y el plebeyo. El franco alodio noble es, segun la definicion que la costumbre de París ha establecido, art. 68 *aquel en el que hay justicia, censo ó feudo dependiente de otro;* es decir en el cual hay inherente un derecho de justicia ó que, sin asistir derecho de justicia comprende vasallos ó á lo menos censatarios dependientes del mismo. Una finca así, es una finca noble la cual en las sucesiones se divide noblemente al igual que aquellas dadas en feudo. El franco alodio que se llama *plebeyo* porque se divide en las sucesiones como las fincas poseidas en estado plebeyo es aquél en el que no se reconoce ningun derecho de justicia y que tampoco comprende vasallo alguno ni censatario dependiente de él.

En cuanto á los francos alodios nobles aun de aquellos en que no hay derecho de justicia inheren-

te pero que tienen algunos feudatarios ó censatarios que les son dependientes no es dudoso que aquellos que son propietarios ya sean nobles, ya sean plebeyos tienen el derecho de caza sobre esas fincas y sobre aquellas que dependen de censo porque esas fincas en virtud de los vasallos y de los censatarios que dependen son señoríos, pues la órden de 1669 art. 28 supone que los *plebeyos* tienen el derecho de caza sobre sus señoríos espresándose en estos términos. *Prohibimos á los..... plebeyos que no poseen feudos, señoríos, etc.*

Relativamente á los francos alodios plebeyos si el propietario es hidalgo, no cabe duda alguna que le corresponde el derecho de caza sobre los mismos. ¿El propietario que es *plebeyo* puede pretenderlo? Puede decirse afirmándolo que si los propietarios de fincas poseidas en feudo tienen el derecho de caza sobre las mismas, el propietario de una finca en franco alodio, debe tenerlo con mayor razon puesto que tiene él sobre esta finca toda la plenitud del dominio y por consiguiente un dominio mas perfecto que no es aquel del propietorio de una finca que la tiene en feudo. Dícese en contra, que los animales salvajes, de paso sobre una finca, por el mero hecho de alimentarse, siendo cosas que á nadie pertenecen, dichos animales y del derecho de cazar, no son de ninguna manera una dependencia de la finca. No es pues el dominio de la finca, cualquiera que sea su perfeccion, el que da el derecho de caza. El rey habiendo reservado el derecho de caza para él y para los que quiere hacerles partícipes, nadie goza de este derecho sobre sus propias fincas, por mas perfecto que sea su dominio, hasta tanto que el rey se lo haya concedido. Así pues, el rey no concedió el derecho de caza á los plebeyos sino sobre sus *feudos señoríos* y *señoríos de vasallos*, segun el art. 28. El franco alodio plebeyo no teniendo ninguna de estas cualidades, no siendo ni feudo ni señorío, no puede el propietario plebeyo pretender el derecho de caza. Esta es la opinion del autor de las Notas sobre el art. 14 del decreto.

38. Los señores de vasallos tienen igualmente el derecho de caza en toda la extension del territorio de su señorío, y gozan de este derecho no solamente en su feudo, sí que tambien en los feudos de otros señores, que se hallan situados en la extension de su señorío. Esto es lo prescrito por el artículo 26 de la órden de 1669 que se expresa así: «Declaramos á todos los señores de vasallos, tengan censo ó no, con derecho para poder cazar dentro de la demarcacion de su jurisdiccion, aunque el feudo del distrito pertenezca á otro (es decir, aunque el feudo ó feudos que se hallan situados en la extension de dicho distrito en el que ellos tienen derecho de señorío, no les perteneciesen y sí á otros), «sin que puedan con todo delegar este derecho á sus criados ni á otras personas de su parte, ni impedir tampoco al propietario del feudo del distrito el cazar en la extension de su feudo.»

El señor de vasallos tiene el derecho de cazar sobre los feudos de otros señores que se hallen comprendidos en la extension del territorio de su señorío, aunque esos feudos de otros señores en nada dependieran del suyo.

Segun este artículo, dos diferentes señores, ó aun tres, pueden tener el derecho de cazar sobre las mismas haciendas; á saber: el señor propietario del feudo, el señor de vasallos en el territorio donde están situadas y el señor de quien el propietario del feudo tiene en feudo las referidas tierras, como lo

hemos visto *supra*, n.° 34. Pero los derechos de estos diferentes señores son distintos. El verdadero propietario del derecho de cazar sobre las indicadas fincas es el señor propietario del feudo: el derecho del señor de quien el propietario tiene en feudo, no es mas que una facultad que solo le ha sido concedida por decoro, y la que no solamente le es personal, sí que tambien tiene el deber de usarla raramente; el derecho del señor de vasallos es igualmente un derecho personal que le ha sido concedido por honor, en consideracion al poder público del cual se halla revestido.

39. El derecho de caza que tienen los señores de vasallos sobre los feudos de otro siendo un derecho que les es personal no pueden cazar sobre los mismos sino personalmente, sin que puedan, segun dijimos ya, enviar á cazar á ningun criado ú otras personas por su mandato.

No pueden por consiguiente mandar á cazar sobre las mismas ni aun á sus hijos.

40. Cuando el señorío de vasallos pertenece á muchos; porque los propietarios de los feudos que están situados en el territorio á los cuales pertenece el derecho de caza, no se graven, los propietarios del señorío de vasallos, no pueden todos ir á cazar; solo puede hacerlo el que tiene mayor parte de señorío. Por esto dice el art. 27. «Si el señorío de vasallos (segun hemos dicho) está desmembrado y dividido entre muchos hijos ó particulares; aquel solo á quien pertenezca la mayor porcion, tendrá derecho de cazar en la extension de su señorío, con exclusion de los demás coseñores que no tendrán participacion en el feudo.

El sentido de estas palabras *que no tendrán participacion en el feudo* se toma solamente con respecto

á los feudos de otro situados en la extension del territorio del señorío, porque el derecho de cazar se considera restringido para el que posee del señorío la parte principal; pero en cuanto al feudo que pertenece en comun á todos los propietarios, á cada uno de ellos le corresponde el derecho de cazar sobre el mismo, en su calidad de propietario.

Continúa el artículo. «Y si las partes fuesen iguales, la que dimanase de la reparticion del primogénito gozaria de esta prerogativa á este respecto solamente y sin deducir la consecuencia de comprender los demás derechos.»

Por ejemplo, en un país donde existe derecho escrito; en la reparticion *ab intestato* de bienes nobles de una sucesion, la parte del hijo primogénito es igual á aquella de cada uno de sus hermanos y hermanas. Si un derecho de señorío ha sido de este modo dividido entre hijos por porciones iguales, solo será el hijo primogénito, ó su sucesor en la porcion del señorío que le ha recaido por efecto de la reparticion, quien gozará tan solo del derecho de cazar en los feudos á los demás señores pertenecientes sitos en el territorio del señorío.

§ IV. *De la manera que deben usarlo los que tienen el derecho de cazar.*

41. El derecho de caza, siendo un derecho honorífico antes que un derecho útil, los que tienen este derecho solo deben usarlo para sus diversiones y no para sacar utilidad.

Porque únicamente deben usarlo para procurarse ellos mismos el placer de la caza, como tambien sus hijos y amigos.

El edicto de Enrique IV del mes de Junio 1601,

artículo 4.°, permite á aquellos que tienen el derecho de caza el hacer cazar, valiéndose de perros y aves, por sus receptores guardas del vivar y criados, toda clase de caza, y por el art. 5.° les permitia igualmente disparar el arcabuz, por medio de los mencionados receptores guardas del vivar y criados, á las aves de paso. Pero despues, por la declaracion de 3 Marzo 1604, que permite á los señores é hidalgos el disparar el arcabuz á toda clase de caza, se dice: «Con todo, sin que sus arrendatarios, sirvientes ó criados puedan usarlo de cualquiera manera que sea.» Tan solo permite á los que son sexagenarios ó achacosos, el disparar á la caza no prohibida por medio de uno de sus criados; bajo su responsabilidad, y en su presencia solamente.

Para los viudos y eclesiásticos se ha extendido la disposicion de este artículo. Hallamos en el Código de caza, una sentencia de 11 Julio de 1676, que ordena respecto á una viuda, señora del feudo, *que no podrá hacer cazar sobre sus haciendas, estando ella presente, sino por un hombre que sea el nombrado para su despacho.*

Aunque esta ley no ha sido expresamente revocada por ninguna otra, con todo ha caido en desuso; y se permite hoy dia que todos los propietarios de feudos hagan cazar indistintamente sobre su feudo á sus guardas ú otros criados.

42. El derecho de cazar, siendo un derecho de honor que no ha sido concedido para reportar beneficio alguno, es una consecuencia de que no está permitido á los señores feudales arrendar este derecho ni por arrendamiento garantido ni separadamente. Los arriendos que el señor podria hacer de este derecho serian absolutamente nulos y no producirian ninguna obligacion ni de una parte ni de

otra. Existen muchos reglamentos en el Código de caza. No se extiende esto á las guaridas pobladas de conejos. Puede uno sacar ganancia de una guarida poblada de conejos y arrendarla del mismo modo que se arrienda un palomar poblado de palomos. Esto es lo que precisamente observa el autor del Código de cazas, en su art. 10 de la órden de 1669.

43. Los propietarios de feudos deben tambien observar muchas cosas respecto al derecho de caza que tienen sobre sus feudos. 1.° Solo deben perseguir la caza no prohibida. El art. 1.° de la órden de Enrique IV, del mes de Junio de 1601, prohibe la caza del ciervo, cierva y cervatillo á todas las personas, excepto á aquellas que tienen licencia expresa, ó que gozan de títulos, privilegios ú otras concesiones debidamente otorgadas.

La órden de 1669, art. 15, prohibe igualmente la caza del ciervo y de la cierva.

44. 2.° La caza debe limitarse á los lugares no prohibidos. Hemos visto ya, *supra* n.° 33, que no está permitido cazar, cualquiera que sea la pieza, y de cualquier modo que se verifique, en las posesiones del Rey á la distancia de una legua. Tampoco lo está el cazar corzos y animales negros á tres leguas de distancia de las referidas posesiones: órden de 1669, art. 14, ni disparar al vuelo á la distancia tambien de tres leguas.

45. 3.° No deben absolutamente cazar en épocas vedadas. La órden de 1669, art. 4.°, prohibe el cazar de noche en los bosques con armas de fuego.

El art. 18 de la misma órden prohibe el cazar á pié ó á caballo, con perros ó aves sobre los campos sembrados, despues que el trigo está en cañon; y en las viñas desde el 1.° de Mayo hasta despues de la vendimia, bajo la pena de privacion del derecho

de caza, multa de 500 libras, é indemnizar los daños y perjuicios de los particulares.

46. 4.º En fin, no deben cazar sino del modo que les prescriben las ordenanzas: á saber, valiéndose de perros y aves; art. 14, ó con el arcabuz, es decir, con fusil; pero excluyendo toda clase de artificios. El decreto del mes de Enero de 1600, artículo 9, y la órden de 1601, art. 9, detallan los artificios prohibidos que no pueden fabricarse ni venderse; que son: redes, anzuelos, filopos de cuerda é hilo de alambre y demás trampas.

La órden de 1669, art. 16, de conformidad á las antiguas órdenes, prohibe tambien la caza con perro de muestra, pero parece que esta disposicion ha caido en desuso y en nada se observa.

§ V. *Del derecho que tienen de privar de cazar los que gozan de este derecho.*

47. El derecho de caza que tienen los señores propietarios de feudos, consiste no solamente en el poder que tienen de cazar en sus mismos feudos y de hacer cazar á sus mismos hijos y amigos, sí que tambien les compete el poderlo privar á otros.

Pueden al efecto tener uno ó muchos vigilantes de caza, á quienes reciben en su señorío si son señores de vasallos ó en la curia del maestrazgo de aguas y bosques, y sobre los procesos verbales de sus guardias, los referidos señores propietarios de feudos pueden, por medio de demanda, ó si son señores de vasallos por medio de sus procuradores, emplazar á los particulares que hubiesen sido cogidos cazando sobre sus feudos sin obtener su permiso y obligarlos á sufrir la condena marcada por los reglamentos.

Los señores de feudos y sus guardias no deben recurrir de hecho á ningun medio para privar la caza. Cuando los guardias hallen á alguno en contravencion, no deben ellos de ningun modo forzarle á entregar su fusil; deben limitarse á entablar su proceso verbal.

48. El derecho que tiene el propietario feudal de privar que otros cacen sobre su feudo, comprende tres excepciones: 1.ª La referente al señor de vasallos; *supra* n.º 38, 2.ª, la que se refiere al señor de quien él depende en feudo; ibid. 3.ª La costumbre ha introducido una tercera excepcion que consiste en que si mi vecino ha hecho levantar una pieza de caza, no puedo yo, mientras que sus perros la persigan, privarle de seguirla á través de mi feudo.

49. Aquellos á quienes la caza está prohibida, puede prohibírseles el cazar, no solamente por el propietario del feudo sobre el que se les ha encontrado cazando, sí que tambien por el oficial encargado del ministerio público correspondiente.

ARTÍCULO III.

De la pesca y de la caza de los pájaros.

§ I. *De la pesca.*

50. Los peces que pueblan el mar, los rios, los lagos, etc., estando *in laxitate naturali* son cosas que á nadie pertenecen; la pesca que se verifica es una especie de ocupacion por la cual los pescadores adquieren el dominio de los peces que cojan y de los cuales se hacen dueños en virtud de la pesca por ellos hecha.

51. El mar, siendo del número de cosas comunes cuya propiedad á nadie pertenece y cuyo uso es permitido á todos los hombres, ha permanecido siempre libre de pescar y lo es aun.

52. Por el derecho romano, aunque los rios caudalosos que estaban comprendidos en la extension del imperio romano figurasen en la clase de cosas públicas cuya propiedad pertenecia al pueblo romano, la costumbre las ha convertido al uso de todos los hombres, y á cada uno en particular le era permitido el pescar en los mismos.

De otro modo lo establece nuestro derecho francés. El rey á quien pertenece la propiedad de todos los rios navegables de su reino, no ha querido permitir la pesca á los particulares. El derecho de pesca en los rios de que se trata es un derecho patrimonial que solo pertenece al rey y á aquellos que tienen derecho de pesca por el empeño del dominio en alguna parte limitada de dichos rios. Los arrendatarios del dominio y los que tienen el empeño arriendan el derecho de pescar á los pescadores á quienes atañe el derecho exclusivo de pescar.

53. En cuanto á los rios no navegables, pertenecen á los diferentes particulares en virtud de título, ó que están en posesion y son llamados propietarios en toda la extension consignada en sus respectivos títulos ó posesiones. Los que en nada pertenecen á los propietarios particulares, pertenecen á los señores de vasallos dentro del territorio en que afluyen. *Loiseau. Tratado de los Señoríos, cap.* 12, *n.*° 120. No está permitido el pescar en los indicados rios sin prévio consentimiento de aquellos á quienes pertenecen.

54. Las ordenanzas disponen que aquellos que pescan sin derecho, ora en los rios del rey, ora en

los rios ó en los estanques de los particulares, sean castigados como ladrones. Propiamente, solo es aquel que sin derecho alguno ha consumado un robo de peces al propietario del rio ó del estanque en donde les haya pescado, porque la esencia del robo es de ser *interversio possessionis. Scævola ait, possessionis furtum negat fieri*, l. 1, § 15. ff. *Si is qui test. liber.*, *etc.* Pues el propietario del rio ó del estanque en donde ha cogido los peces, poseía ciertamente un rio ó un estanque poblado de peces, pero no poseía propiamente los peces que se han cogido. Estos peces que estaban *in laxitate naturali* nadie los poseía; no puede pues decirse propiamente que se les haya robado. Tampoco previene la ordenanza que aquellos que pescan sin derecho y sin permiso en los rios y estanques de otro, sean ladrones; se limita á decir que serán castigados *como ladrones*, es decir, con la misma pena que á estos; porque la malicia que encierra el delito de aquellos que así pescan en los rios y estanques de otro, es semejante á la del robo que consiste en irrogar á otro en su posesion un perjuicio en beneficio propio, puesto que aquel que pesca sin derecho en el rio ó estanque en los cuales tengo yo derecho de pescar, merma este derecho, que viene á ser mi beneficio, disminuyendo por la pesca que ha verificado, sin razon para ello, y en su provecho, la utilidad de la pesca que yo debia efectuar.

55. Relativamente á los peces que se les tiene en charca, estos están *sub manu* y en posesion de aquel que los conserva, el cual los tiene siempre á su disposicion, y por consiguiente claro está que aquel que los cogiese sin derecho haria un verdadero robo al dueño de los mismos.

§ II. *De la caza de pájaros.*

56. La caza de pájaros es otra clase de ocupacion por la cual el cazador adquiere el dominio de los pájaros que coge.

Se consiente á todas las personas el cazar con reclamo pájaros de toda especie, excepto los palomos; pero los cazadores solo pueden hacerlo en campo raso, no pudiendo por esta razon entrar en los cercados sin el competente permiso.

Se puede igualmente coger pájaros con trampas.

Cuando un pájaro domesticado, como un papagayo, picaza, canario, ha echado á volar de la casa de su dueño, el vecino que lo haya cogido está obligado á devolverlo á aquel á quien pertenece, el cual no pierde la propiedad mientras conserve la esperanza de recobrarlo. Los deberes de buena vecindad obligan hasta á aquel que lo ha cogido de indagar en su barrio quién es el que lo ha perdido, á fin de devolvérselo.

ARTÍCULO IV.

Del hallazgo; de los tesoros; de las cosas perdidas y del descubrimiento de paises inhabitados.

§ I. *Del hallazgo.*

58. El hallazgo es otra especie de ocupacion, en cuya virtud el que encuentra una cosa que no pertenece á nadie, adquiere el dominio en el acto de apoderarse de ella.

Corresponden á esta clase de ocupacion las piedras á propósito para ser cortadas, que se encuentran sobre las playas del mar y de los rios, como tambien las diferentes especies de conchas que se recogen sobre la orilla del mar. Estas cosas, siendo del número de aquellas que han quedado en el estado de la comunidad negativa, cuya propiedad, mientras permanezcan en este estado, no pertenece á nadie, cada uno tiene el derecho de adquirir la propiedad cogiéndolas. *Lapilli, gemmæ, cæteraque quæ in littore invenimus, jura naturali nostra fiunt;* l. 3, ff. *de divis. rer.*

59. Corresponden á esta especie de ocupacion que se llama hallazgo, el lodo é inmundicias de las calles, que nuestros jardineros de Orleans hacen recoger todos los dias por sus borriqueros para estercolar los campos en que hacen producir las legumbres. Este lodo é inmundicias son cosas que no pertenecen á nadie; el borriquero, en el acto de recogerlas y cargarlas en los gaviones de su asno, adquiere para su amo por quien y á nombre del que las recoge, el dominio de ese lodo é inmundicias, *jure inventionis et occupationis.*

60. Corresponden igualmente á esta clase de ocupacion aquellas cosas de las cuales aquel á quien pertenecian ha abdicado la propiedad. Estas cosas no pertenecen tampoco á nadie; el que se apodere de ellas puede adquirir su dominio por esta clase de ocupacion. *Pro derelicto rem á domino habitam se sciamus, possum acquirere;* l. 22, ff. *pro derel.*

Por ejemplo, no cabe duda alguna que las cáscaras de los guisantes, los tronchos de la ensalada y otras parecidas que se encuentran en una calle, son cosas *pro derelictis habitæ:* un pobre que las recoja para alimentarse, á falta de pan, en tiempo de carestía, adquiere su dominio, *jure inventionis et occupationis.*

Igualmente no puede ser dudoso que un caballo muerto que se ha arrojado al muladar despues de haberlo desollado, es una cosa *pro derelicto habita* de la que aquel á quien pertenecia el caballo ha abdicado la propiedad, la que no pertenece á nadie. Un trabajador que se ocupa en comerciar con huesos de caballo, le es de consiguiente muy lícito cortar de la osamenta del animal lo que le pareciese poder utilizar, adquiriendo el dominio *jure inventionis et occupationis.*

61. No es necesario confundir las cosas que son *pro derelictis habitæ*, con aquellas que tan solo se han extraviado, que verosímilmente tienen dueño, aunque desconocido.

Llámase á estas cosas, *cosas perdidas.* Nos ocuparemos de ellas en capítulo aparte, *infra* en el párrafo 3.

62. Se ha suscitado igualmente la cuestion, si un tesoro que se ha descubierto pertenece á esta clase de ocupacion. Trataremos esta materia en el párrafo siguiente.

63. Réstanos hablar de una cuestion que afecta al sujeto del hallazgo; y es, saber, si para adquirir el dominio de las cosas que hallamos, que no pertenezcan á nadie, es necesario ocuparlas con las manos, ó si basta haberlas mirado con el deseo de recogerlas y apropiárselas; de manera que si dos personas hubiesen descubierto á un tiempo una de estas cosas con este deseo, les perteneceria por partes iguales. Puede alegarse en apoyo de esta última opinion lo que se dice en la ley 1, § 21, ff. *de acquir. posses. Non est necesse corpore et actu apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.* Esta pretension de participar en una cosa que otro ha hallado, con la pretension de haberla descubierto

á un mismo tiempo, es antigua. Hallamos un vestigio de ello en Plauto, *in Rudente*, act. 4, sc. 3. Trachalion pedia á Gripus su parte de una maleta que habia pescado. A esta pretension contesta Gripus, *quemne ego excepi e mari?* Trachalion replica: *Et ego inspectavi e littore.*

Otro vestigio encontramos en Phedro Fab. v. 6.

Invenit calvus fortè in trivio pectinem;
Accessit alter æque defectus pilis;
Eia, inquit, in commune (1) *quodcumque est lucri.*

No obstante estas razones, yo opino que para adquirir la propiedad de estas cosas, no basta haberlas descubierto sin concurrir el ánimo de apropiárselas; es necesario haberlas cogido, ó por nosotros mismos, ó por algun otro que lo haya hecho por nosotros y en nuestro nombre. La posesion que se adquiere *oculis et affectu*, en el caso de la tradicion, es mas bien una posesion civil y fingida, que una posesion real. Para la ocupacion y posesion real hay necesidad de coger la cosa, poseerla, sea con nuestras propias manos, sea valiéndose para ello de algun instrumento. Por esto precisamente opino que cuando dos sugetos han uno y otro descubierto una de aquellas cosas que no pertenecen á nadie, con ánimo de adquirirla, no debe pertenecer sino á aquel que ha sido el mas diligente para agarrarla y apoderarse de ella. Añádese á esto que si se atribuyese la cosa á aquel que primero las hubiera descubierto, daria esto lugar á discusiones, en el caso que muchos pretendieran cada uno haberla descubierto antes, y haber prevenido al otro; en vez de que ninguna cuestion puede surgir atribuyéndola al que primero la coge.

(1) Retengo mi parte.

§ II. *De los tesoros.*

Con respecto á un tesoro escondido bajo tierra, en un campo ó en una casa, háse suscitado la cuestion, si debe pertenecer, *jure inventionis*, á aquel que la ha encontrado; ó si corresponde al propietario del campo ó de la casa en donde la ha él hallado, *jure accesionis*, como si fuera una especie de dependencia. Los jurisconsultos romanos han resuelto esta cuestion, dando la mitad del tesoro á aquel que la ha encontrado y la otra mitad al propietario del campo. *Inst. tit. de rer. divis.*, § 37 (1).

(1) Segun el art. 1 de la Ley de 16 de Marzo de 1835, los tesoros que se hallen en terrenos del Estado se parten por mitad entre el interventor y el Estado. Los hallazgos en terreno propio, segun la ley 45, tit. 18 Part. 3 pertenecen integros al inventor. Los hallazgos en terreno ajeno, por accidente ó por efecto de la casualldad, se parten tambien entre el que los halla y el dueño del terreno. Si fueren buscados de propósito, ningun derecho tiene el inventor.

En el código civil de México en sus artículos 854 al 866 se dispone lo siguiente sobre *tesoros*.—Art. 854. El tesoro oculto pertenece al que los descubre en sitio de su propiedad. — 855. Si el sitio fuera de propiedad pública ó perteneciere á alguna persona particular, que no sea el mismo descubridor, se aplicará á éste una mitad del tesoro y la otra al propietario del sitio. — 856. Cuando los objetos descubiertos fueren interesantes para las ciencias ó para las artes, se aplicarán á la nacion por su justo precio; el cual se distribuirá conforme á lo dispuesto en los artículos 854 y 855. — 857. Para que el que descubra un tesoro en suelo ageno, goce el derecho que va declarado, es necesario que el descubrimiento sea casual. — 858. Nadie de propia autoridad puede en terreno ó edificio ageno hacer escavacion, horadacion ú obra alguna para buscar un tesoro. — 859. El tesoro que se descubiere en terreno ageno por obras practicadas sin consentimiento de su dueño, pertenece integramente á éste — 860. El que, sin consentimiento del dueño, hiciere en terreno ageno obras para descubrir un tesoro, estará obligado en todo caso, á pagar los daños y perjuicios, y además á reponer á su costa las cosas en su primer estado: perderá tambien el derecho de inquilinato, si lo tuviere en el fundo, aunque no esté fenecido el término del arrendamiento, cuando así lo pidiera el dueño. — 861. Si el tesoro se buscare con consentimiento del dueño del fundo, se observarán las estipulaciones que se hubieren hecho para la distribucion; y si no las hubiere, los gastos y lo descubierto se distribuirán

Por nuestro derecho francés, el tesoro se divide entre el señor de vasallos en cuyo territorio el tesoro ha sido encontrado, el propietario del lugar donde ha sido hallado y aquel que lo ha ocupado, por lo que cada uno debe percibir un tercio.

65. El que ha encontrado un tesoro solo puede pretender participacion cuando el hallazgo ha tenido lugar por caso fortuito, como cuando un hombre practicando una excavacion en un campo, de órden de su propietario, halla un tesoro; ó cuando un limpiador de pozos ó letrinas, al tiempo de limpiarlos halla una alhaja; pero si alguno, en busca de un tesoro, practicara sin expreso consentimiento del propietario, excavaciones en un campo, y que efectivamente hubiese hallado uno, la única ley del Código de *Thesauris* previene, que en este caso no le tocará ninguna participacion, porque no puede él reportar utilidad de un delito que ha cometido por haber practicado excavaciones en un campo ajeno sin el consentimiento del propietario.

66. Obsérvese que solo entendemos por tesoro

por mitad. — 862. Cuando uno tuviere la propiedad y otro el usufructo de una finca en que se haya encontrado un tesoro, si el que lo encontró fué el mismo usufructuario, la parte que le corresponda se determinará segun las reglas que quedan establecidas para el descubridor extraño. — 863. Si el descubridor no es el dueño ni el usufructuario, el tesoro se repartirá entre el dueño y el descubridor; observándose en este caso lo dispuesto en los artículos 859, 860 y 861. — 864. Si el propietario mismo encuentra el tesoro en la finca ó terreno cuyo usufructo pertenece á otra persona, no tendrá ésta parte alguna en el tesoro, pero sí derecho de exigir del propietario una indemnizacion por los daños y perjuicios que le origine la interrupcion del usufructo en la parte ocupada ó demolida para buscar el tesoro: la indemnizacion se pagará aun cuando no se haya encontrado el tesoro. — 865. Para los efectos de los artículos que preceden, se entiende por tesoro el depósito oculto de dinero, alhajas ú otros objetos preciosos, cuya legítima procedencia no conste. Nunca un tesoro se considera como fruto de una finca. — 866. Si el tesoro es encontrado en terreno dado en enfitéusis, el enfitéuta será considerado como usufructuario para los efectos de los artículos que preceden.

una cosa que no tenga ningun indicio de haber antiguamente pertenecido á alguien. *Thesaurus (dice Paul) est vetus quædam depositio pecuniæ cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat;* l. 31, § I, ff. *de acq. rer. dom.* Pero existiendo algun indicio ó presuncion con que se venga en conocimiento de la persona que ha ocultado el dinero ó cualquiera otra cosa que sea, en el lugar donde se ha encontrado, la cosa, en este caso, no debe considerarse como un tesoro, y pertenece al que la ha ocultado ó á sus herederos, á quienes el que la ha hallado debe restituirla. *Alioquin* (añade Paul) *si quid aliquis, vel lucri causa, vel metus, vel custodiæ, condiderit sub terra, non est thesaurus, cujus etiam furtum fit.*

Scævola da este ejemplo: *A tutore pupilli domum mercatus ad ejus defectionem fabrum induxit, is pecuniam invenit, quæritur ad quem pertineat? Respondit: Si non thesauri fuerint, sed pecunia forte perdita, vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata, nihilominus ejus eam esse cujus fuerat;* l. 67, ff. *de rei, vind.*

Si non thesauri fuerint, es decir, si no parece que este dinero que se ha hallado sea un tesoro, vendria á ser como una antigua especie que pareciera no haberse puesto en el lugar donde se ha encontrado, sino en un tiempo muy lejano, en términos que no hubiera medio de llegar en conocimiento del que lo hubiere allí depositado. Si, al contrario, hay motivos para creer que no hace mucho tiempo que este dinero ha sido puesto en el lugar donde se ha encontrado, *puta*, porque resulta una especie de fabricacion moderna; se presume en este caso que este dinero ha sido allí depositado por el padre del pupilo que habitaba en esta casa; que este dinero solo

se habia extraviado; que por un juicio equivocado del tutor, al vender la casa no se habia recogido del lugar en donde estaba, por ignorar estuviese allí, y por último, que este dinero habiendo siempre pertenecido sin ninguna interrupcion al padre del pupilo, debe restituirse al tutor del menor su heredero.

§ III. *De las cosas perdidas* (1).

67. Llámanse *cosas perdidas* las extraviadas cuyo propietario se ignora, tales como un caballo, una vaca, ó cualquiera otra bestia que se encuentre vagando sin conductor; una bolsa de dinero, una taza de plata, un anillo, un pañuelo, un reloj, una caja ó cualquiera otra cosa hallada en un camino, ó que alguno, sin apercibirse, se ha dejado caer.

Aunque aquel á quien estas cosas pertenecen sea desconocido, no es verosímil que haya querido abdicar la propiedad, antes bien que se le han extraviado y que por lo mismo conserva la propiedad.

Estas cosas, pues, no siendo del número de aquellas que no pertenecen á nadie, tienen un dueño, aunque sea desconocido; tampoco, por consiguiente, son susceptibles de la clase de adquisicion que se consigue á título de ocupacion. El que las ha encontrado, no solamente no adquiere el dominio, sí que tambien ni el derecho de retenerlas hasta que el propietario se presente y las reclame; como tampoco le corresponde el utilizarlas mientras álguien no las reclame. El derecho exclusivo de apropiarse las cosas perdidas que no han sido reclamadas, es en Francia un derecho inherente á la justicia ma-

(1) Código de Guatemala, art. 566 y sigs.

yor, que ha sido imputado al señor de horca y cuchillo para recompensarle los gastos que irroga la administracion de justicia.

Hay establecidas algunas costumbres que conceden el derecho de las cosas perdidas al señor mediano, como Tours, Lodunois, Amiens. La de Orleans admite igualmente al señor de horca y cuchillo para el derecho de la cosa perdida hasta completar la suma que en derecho le corresponde.

La costumbre de Anjou la concede hasta al señor inferior. Segun la de Blois, el señor inferior tiene derecho á percibir del precio de la cosa perdida siete sueldos seis dineros; el mediano sesenta sueldos, y el remanente corresponde al señor de horca y cuchillo.

68. El que ha encontrado la cosa perdida tiene obligacion de entregarla á la justicia, es decir, está obligado á presentarse en la secretaría del juzgado donde la cosa perdida ha sido hallada y hacer la declaracion de la misma. Sobre esta declaracion, si la cosa extraviada es un animal, el juez ordena que sea embargado y colocado en una taberna destinada por su ordenanza. Si es una cosa inanimada, el juez, segun si lo juzga á propósito, ordena, ó que sea llevada á la escribanía para depositarse allí, ó bien que permanezca en depósito, hasta nueva órden, en poder del mismo que la ha encontrado.

El tiempo en que debe hacer entrega á la justicia el que ha encontrado una cosa perdida, está regulado de distinto modo por las costumbres. La mayor parte de estas costumbres está porque se entregue á la justicia dentro el término de veinticuatro horas. Nuestra costumbre de Orleans, art. 166, y algunas otras, conceden tres dias, y otras hacen ascender hasta ocho el número de dias.

Respecto á las que no son explícitas, soy de opinion que debe adoptarse lo establecido por las costumbres mas indulgentes y conceder ocho dias.

70. El que ha encontrado una cosa perdida y no la entrega en tiempo hábil ó bien advertirlo de otra manera equivalente, haciéndola pregonar, viene condenado á una multa que nuestra costumbre de Orleans, art. 166, al igual que otras muchas, señala en un escudo-sueldo, es decir, en sesenta sueldos. Otras costumbres someten esta multa al arbitrio del juez.

No es solamente en provecho del señor de la justicia al cual corresponde la utilidad de la cosa perdida, caso de no haberse reclamado, el que aquel que la ha encontrado deba hacer entrega de ella ó hacerla pregonar; alcanza igualmente este beneficio al propietario de la misma, al objeto de que tenga conocimiento del lugar en donde se halla y pueda ir á reclamarla. Nuestra costumbre de Orleans ha dicho á este respecto lo siguiente: *El que oculte una cosa perdida por mas tiempo que el de tres dias sin declararla á la justicia, ó hacerla pregonar, incurrirá en la multa de un escudo-sueldo que satisfará á la justicia;* añade seguidamente, *é indemnizará los daños y perjuicios de este señor*, es decir, del propietario de la cosa perdida.

Estos daños y perjuicios consisten en el menoscabo que la cosa ha podido sufrir y en la ganancia que se ha dejado de percibir por la privacion del uso de la misma, habiendo podido advertírselo, y haber podido reclamarla antes.

72. Hecha ya entrega de la cosa perdida á la justicia, debe guardarse por algun tiempo y han de haber tenido lugar muchos pregones antes que el señor pueda venderla para sí, á fin de que el pro-

pietario pueda estar advertido, y haber tenido tiempo de reclamarla.

Las costumbres difieren sobre el nombre y la forma de los pregones y tambien sobre el tiempo que deba concederse al propietario de la cosa perdida para reclamarla, ó para pedir el precio por el que se haya vendido.

Las unas establecen que se verifiquen tres pregones, de quince en quince dias; otras requieren igualmente tres pregones de ocho en ocho dias; las unas optan porque tengan lugar en tres domingos, otras señalan tres domingos ó fiestas solemnes indistintamente, y otras quieren que se hagan en dias de mercado ó feria. Boulonnois, Nivernois, exigen un solo pregon (ó bien que se anuncie en el sermon de la parroquia del señorío, en domingo, y otro en dia de feria.) Poitou no exige mas que uno de los dos.

Igualmente, respecto á los lugares en donde deben tener lugar los pregones, muchas costumbres se limitan á decir *en los lugares de costumbre:* otras dicen *á la salida de las misas solemnes del lugar del señorío.* La de Maine añade, *y en dos parroquias mas vecinas.* La de Auvergne previene que los pregones deben hacerse en cuatro puntos extraordinarios; la de Marche en tres. La de Bretagne requiere tres pregones en misas solemnes y se contenta con uno solo en dia de mercado.

Difieren igualmente las costumbres sobre el tiempo que conceden al propietario de la cosa perdida para reclamarla. Las mas tolerantes quieren que el señor conceda un año para venderlas: á menos que se tratara de cosas perecederas y de las que resultase costosa su conservacion; como, por ejemplo, los animales; en ese caso pueden muy bien haberse

vendido despues de realizados los pregones; pero el precio debe quedar consignado durante un año y restituido al propietario de la cosa perdida si llega á darse á conocer durante el indicado tiempo.

Las costumbres en su mayoría solo obligan al señor á conservar la cosa perdida durante el tiempo de cuarenta dias. En unas, se señala el tiempo de cuarenta dias durante el cual tienen lugar los pregones; en otras se observa el mismo tiempo que empieza á correr despues de hechos los pregones. Segun nuestra costumbre de Orleans empieza á correr desde el primer pregon.

73. Con esta variedad de disposiciones de las costumbres que rigen sobre esta materia, hecho caso omiso de las referentes á París, nos concretaremos á señalar las que establece la costumbre de Orleans.

Exige dos cosas antes que el señor pueda hacer realizar la venta en su provecho de la cosa perdida: 1.º Dos pregones; tiempo de cuarenta dias, durante el cual el propietario puede reclamarla.

Hé aquí cómo se expresa con respecto á los pregones, art. 63. «Las cosas perdidas deben pregonarse durante tres domingos diferentes, á la salida de la misa solemne de la iglesia parroquial, ó en sitio del lugar donde han sido encontradas, en dia de audiencias públicas, bajo la actuacion de los tres señores de horca y cuchillo, ó del que haya encontrado las cosas perdidas de que se trata.»

El decreto de 1695 dispensa á los curas-párrocos de efectuar en sus pláticas estos varios pregones, verificándose en su lugar á la puerta de la iglesia por el ugier á la salida de la misa parroquial.

Hoy dia existen, con todo, algunos curas que optan porque los pregones se hagan al mismo tiempo

que el sermon. Débese en este caso librar un certificado que acredite haberse hecho así.

La iglesia en donde deben tener lugar estos pregones, es la iglesia parroquial del lugar en que se ha encontrado la cosa.

El aviso contiene que en tal dia, en tal lugar, se ha hallado tal cosa, que debe detallarse, *puta* un caballo, de tal pelo, con tal marca, de tal talla; una caja de tal forma, de tal peso.

Además de las tres proclamaciones hechas al tiempo del sermon, ó al salir de la misa parroquial, la costumbre establece que la cosa perdida se proclame en los juzgados del lugar en donde ha sido encontrada, *en dias de audiencias públicas.*

Es decir, en dia de audiencia ordinaria, mientras esta tiene lugar.

El escribano es quien hace esta proclamacion, registrándola despues.

Esta publicacion solo una vez tiene lugar. La costumbre ha determinado perfectamente que la publicacion por el párroco se verifique en tres domingos distintos; pero no ha dicho lo propio, que la publicacion en la Sala del Tribunal se haga en tres dias distintos de audiencia; solo hace constar, en dia de audiencia ordinaria.

75. El segundo requisito que la costumbre establece, es que se señale un tiempo de cuarenta dias para que el propietario pueda reclamarla.

Hé aquí cómo está concebida: «Las cosas perdidas deben guardarse durante cuarenta dias, artículo 163. Si aquel á quien pertenece la cosa perdida comparece durante los referidos cuarenta dias, á contar del dia del primer pregon hecho con la solemnidad debida, le será devuelta, mediante el pago del alimento y demás gastos devengados por la custodia y proclamacion de la cosa; y si no se encuentra nadie que la reclame en el tiempo dicho, transcurrido este, será adjudicada á los señores de horca y cuchillo, etc.»

La costumbre, por las palabras, *desde el dia del primer pregon hecho con la solemnidad debida*, entiende la primera proclamacion que ha tenido lugar, ya sea á la hora del sermon ó á la salida de la misa de la parroquia, ya en la escribanía del juzgado. Si la publicacion á la hora del sermon ha tenido lugar antes que la hecha en la escribanía del juzgado, el tiempo de cuarenta dias corre desde la publicacion primera efectuada en la iglesia ó al salir de la misa. Si al contrario, la publicacion en el juzgado se ha anticipado á la verificada á la hora del sermon, el referido tiempo de cuarenta dias empieza á correr desde que se ha publicado en el juzgado.

Téngase presente que el dia del primer pregon, no debe contarse: empieza á correr este tiempo despues del referido dia, siguiendo la máxima, *Dies á quo non computatur in término.* Porque si, por ejemplo, la primera publicacion se ha efectuado el primer dia del mes de abril, que es un mes que no consta mas que de treinta dias, el tiempo de cuarenta dias espirará el 11 de Mayo, y la adjudicacion no podrá hacerse legalmente antes del 12 del propio mes.

76. Aunque todas las publicaciones se hayan ya verificado y que el tiempo de cuarenta dias hubiese igualmente espirado, en tanto que la cosa extraviada no se haya adjudicado, se tiene al propietario como comparecido para la reclamacion de la cosa, y debe serle devuelta una vez que haya justificado pertenecerle, reembolsándole los gastos, art. 165.

Pero adjudicada ya la cosa extraviada, no puede admitirse la reclamacion de aquel á quien pertenecia; como tampoco pedir el precio. La adjudicacion hecha legalmente purifica y extingue el derecho de propiedad que de esta cosa tenia, en razon de no haberla reclamado antes de la adjudicacion.

77. El juez verifica la adjudicacion públicamente, en el lugar, dia y hora acostumbrados para estos casos.

Los gastos de custodia, proclamaciones y adjudicacion se deducen del precio. Del resto, nuestra costumbre concede el tercio á favor del que ha encontrado la cosa y declarádola á la justicia; el remanente pertenece al señor de horca y cuchillo.

Esta disposicion de la costumbre de Orleans que da una parte del precio al que ha encontrado la cosa, es excepcional. Solo tengo presente la costumbre de Bretagne que establecia una disposicion semejante.

78. El señor de horca y cuchillo, en la costumbre de Orleans, no es el único que tiene derecho á las cosas extraviadas; los señores de horca y cuchillo mediano é inferior participan de este derecho hasta completar la suma á donde alcanza el derecho de jurisdiccion. La razon de esto es porque en el artículo 163 expresa que las proclamaciones se hagan bajo *la actuacion de los señores de horca y cuchillo mediano é inferior*, y en el artículo 164 dice que la cosa perdida será adjudicada á los referidos señores, segun el derecho de su jurisdiccion.

En la costumbre de Anjou, art. 40, y de Maine, artículo 1.°, el derecho de las cosas perdidas muebles corresponde al señor mediano.

79. Segun los estatutos de los plateros y joyeros, cuando un desconocido les trae alguna alhaja

ó piedra preciosa, deben tenerla hasta que el desconocido presente informes por medio de alguna persona de la villa digna de fé. No volviendo á comparecer el desconocido, lo que sucede muy á menudo, los referidos plateros y joyeros hacen entrega á la justicia de estas alhajas de plata ó piedras preciosas, las cuales son consideradas como cosas perdidas, observándose respecto á estas todas las formalidades que hemos referido, como tambien tratándose de otras cosas extraviadas.

§ IV. *De los enjambres de abejas.*

80. Muchas costumbres consideran como especie de cosas perdidas á los enjambres que se encuentran pegados á algun árbol ó arbusto, y atribuyen al administrador de la justicia del lugar el derecho exclusivo de apoderarse de ellos, con la obligacion solamente de entregar la mitad al que los ha encontrado y entregado á dicha autoridad (1).

Existe esta diferencia entre esta especie de cosas perdidas y las ordinarias de que se ha hablado, que las últimas pertenecen á alguno aunque sea desconocido, y no cesa de ser propietario, hasta que, por faltar á la obligacion de darse á conocer, son adjudicadas al señor que administra la justicia; al paso que los enjambres que están *in naturali laxitate*, no pertenecen á nadie.

Habiendo las abejas volado de la colmena, dejan de pertenecer al propietario de la misma, si no habiendo ido en su seguimiento ó por haber cesado de perseguirlas ha perdido su posesion. En su virtud,

(1) Ley 2, tit. 6. lib. 8, de Fuero Juzgo, L. 7, tit. 4, lib. 3, del Fuero Real, Lib. 22, tit. 18 de la Part. 3 y art. 7 del R. D. de 3 de Mayo de 1834.

segun el derecho romano, adquiere su dominio el primer ocupante, *exámen quod ex alveo nostro evolaverit, eo usque nostrum intelligitur, donec in conspectu nostro est, nec difficilis ejus persecutio est: alioquin occupantis fit.*; l. 3, § 4, ff. *de adquir. rer. dom.* Estas costumbres han atribuido al señor de justicia, con exclusion de todos los demás, este derecho que en el mas puro sentido de derecho natural cada cual lo tiene.

81. Referente á las costumbres de que no se ha hecho mencion, ¿tienen este derecho los señores de horca y cuchillo?

Difícilmente les concederia yo este derecho. Estos enjambres, siendo cosas que á nadie pertenecen, los cuales en el mas puro sentido del derecho natural pertenecen al primero que las ocupa, los señores no pueden atribuirse el derecho de hacerse dueños exclusivos de ellos, sin una ley positiva que les otorgue este derecho, restringiendo por esta causa el derecho natural. Las costumbres que conceden este derecho á los señores, teniendo solo fuerza de ley en su territorio, éstos, fuera de estas costumbres, no pueden fundarse en ninguna ley para atribuírselos.

§ V. *De las cosas echadas por las olas del mar sobre las playas.*

La costumbre de Normandía concede estas cosas á los señores.

Bajo el derecho de estas cosas arrojadas sobre las playas, vienen comprendidas todas aquellas que el agua lanza sobre la tierra por cualquier tormenta del mar, aunque solo lleguen cerca de tierra, de suerte que un hombre á caballo pueda tocarlas con su lanza.

Estas cosas son verdaderas cosas extraviadas. Pertenecen á un propietario desconocido, porque cuando han caido al mar, el que era su propietario no ha perdido el dominio de las mismas; ha conservado siempre su propiedad, y al morir la trasmite á sus herederos; esto tiene lugar aun cuando el propietario las hubiese echado al mar voluntariamente, para aligerar el buque; porque, al echarlas, no ha entendido abdicar la propiedad. *Res jacta domini manet, nec fit apprehendentis, quia pro derelicto non habetur*, l. 2, § 8, ff. *de leg. rhod.*

El derecho de estas cosas halladas en la orilla del mar las cuales la costumbre concede al señor del terreno consiste en el derecho de apoderarse de las mismas con exclusion á toda otra persona, y en el caso que no se reclamen en el tiempo de un año y un dia por los propietarios, puede apropiárselas. Cuando las cosas de que se trata no son susceptibles de guardarse, puede en justicia venderlas; con la obligacion, empero, de quedarse una muestra para servir de contraseña, caso que se reclamen. Debe igualmente conservar el precio en depósito, para ser devuelto al propietario, si se presenta dentro el año indicado.

§ VI. *De la ocupacion de tierras inhabitadas.*

83. Los navegantos que, durante un viaje de larga travesía, han descubierto un país por nadie habitado, pueden establecerse en el mismo adquiriendo el dominio de propiedad, *jure occupationis*, como una cosa que á nadie pertenece.

Si estos navegantes tomasen posesion en nombre de algun príncipe, adquiririan el país á favor de este.

Pero cuando un país es habitado por ciertos sal-

vajes como que son los verdaderos propietarios, no podemos nosotros á pesar suyo establecernos en él.

ARTÍCULO V.

De la ocupacion simplemente dicha.

84. Además de las diferentes especies de ocupacion de que nos hemos ocupado en los artículos precedentes, puede haber muchas otras, que á falta de nombre especial, se llaman simplemente *ocupaciones*.

Puede, por ejemplo, darse el caso de ir yo á sacar agua del rio. Adquiero el dominio del agua que he sacado y con la que he llenado mi cántaro á título de ocupacion; porque esta agua siendo una cosa que á nadie pertenece, porque nadie tiene sobre ella un derecho exclusivo, tomándola yo, adquiero el dominio, *jure occupationis*, porque, dado el caso, de que de vuelta del rio, hubiese por cualquiera necesidad dejado el cántaro en el camino, con intencion de volverlo á tomar del lugar donde lo hubiese dejado; si en este interin, uno que acierta á pasar, habiendo encontrado mi cántaro, para ahorrarse el camino de ir al rio, hubiese llenado su cántaro con el agua que el mio contenia, cometeria para conmigo un verdadero robo de dicha agua, siendo esta una cosa de la cual era yo el verdadero propietario, y de la cual conservaba la posesion por tener el ánimo de volverla á tomar del lugar donde la habia dejado.

Obsérvese que no hay que confundir el cauce del rio con el agua que afluye sobre el mismo que se llama *aqua profluens*.

El cauce del rio es una cosa que siempre ha subsistido y que subsistirá para el porvenir, cuya propiedad pertenece al soberano en sus estados. El agua que sobre el mismo afluye, que se llama, *aqua profluens* es aquella agua que en el presente instante, está en un lugar determinado del rio, y que inmediatamente despues, habrá cambiado de lugar, ocupando otra su puesto. Es aquella agua que ha permanecido en la comunidad negativa del género humano, que pertenece á todos los hombres en comun, sin que ninguno pueda llamarse su propietario mientras que continúe en aquel estado; que cada cual, por consiguiente, el estranjero como el ciudadano, puede sacarla del rio, y de la que puede adquirir el dominio tomándola.

Por esto Ovidio, en sus *Metamórfosis*, hace hablar del siguiente modo á Laton al diririgirse á los paisanos de Lycia que querian privarle de beber.

Quid prohibetis aquas? Usus communis aquarum est;
Nec solem proprium natura nec aerea fecit,
Nec tenues undas: ad publica munera veni.

85. El jurisconsulto Pomponius nos cita otro ejemplo de ocupacion. Si alguno construyera un edificio en la mar siendo esta una cosa que no es de nadie, adquiere, *jure occupantis*, el dominio del pedazo de mar que ha ocupado por los edificios allí construidos. *Si pilas in mare jactaverim, et supra eas inædificaverim, continuo mea fit; quoniam id quod nullius sit, occupantis fit;* l. 30, § 4, ff. *de acq. rer. dom.*

El derecho romano admite igualmente en esta especie el edificio construido sobre la playa del mar. Esta playa segun el parecer de los príncipes del referido derecho romano, considerada como cosa ac-

cesoria del mar, permanece en estado de comunidad negativa, y á nadie pertenece, pudiendo cada cual adquirir, *jure occupationis;* el dominio de la parte de playa que ocupó por causa del edificio allí construido: *Quod in littore quis ædificaverit, ejus erit; nam littora publica non ita sunt ut ea quæ in patrimonio sunt populi, sed ut ea quæ primum a natura prodita sunt, et in nullius adhuc dominium pervenerunt; nec dissimilis conditio eorum est atque piscium et ferarum;* l. 14, ff. *de tit.*

La libertad de que cada cual goza para apropiarse de una parte del mar ó playa, al objeto de levantar edificios, tiene la limitacion de deberse antes obtener el permiso de juez quien no lo resuelve favorablemente sino en el caso de que esta concesion no irrogue perjuicio ni al público para el uso de la navegacion ni á los particulares que pudieran antes haber edificado. Pomponius dice sobre esto: *Quamvis quod in littore publico vel in mari extruxerimus nostrum sit, tamen decretum prætoris adhibendum est, ut id facere liceat;* l. 50, ff. *de tit.*

Y Celsus dice: *Id concedendum non esse, si deterior littoris marisve usus eo modo futurus sit;* l. 3, § 1, ff. *ne quid in loc. publi. etc.*

Un particular á quien esta concesion cause perjuicio tiene derecho de oponerse á la misma. *Adversus eum qui molem in mare projecit interdictum competit ei cui forte hæc res nocitura sit; si autem nemo damnum sentit, tuendus est is qui in littore ædificat, vel molem in mari jacit;* l. 2, § 8, ff. *d. tit.*

SECCION II.

De las cosas tomadas al enemigo.

86. Además del derecho de ocupacion por el cual adquirimos el dominio de cosas que no tienen pertenencia apoderándonos de las mismas, de las que nos hemos ocupado en la seccion precedente, hay todavía otra especie de derecho de ocupacion, que podemos llamar *del derecho de gentes*, por el cual un soberano y á quienes delega este mismo derecho, adquieren el dominio de las cosas tomadas al enemigo en tiempo de una guerra justa.

Debemos comprender en esta especie de ocupacion las conquistas y el botin que formarán la materia del primer artículo; y los apresamientos sobre mar que formarán la materia del segundo. Añadiremos un tercer artículo respecto á los prisioneros de guerra.

ARTÍCULO PRIMERO.

De las conquistas y del botin.

§ I. *De las conquistas.*

87. El derecho de conquista es el derecho que tiene un soberano, en quien reside el poder de hacer la guerra, de adquirir, cuando la ha declarado justamente, el dominio de las ciudades, castillos y demás terrenos del enemigo cuando de los mismos se ha apoderado.

Aunque las conquistas, *summo jure*, pertenecen al conquistador, con todo cuando el vencido se somete y pide la paz, las reglas de la moderacion exigen que el conquistador solo retenga de sus conquistas lo suficiente para indemnizarse de los gastos que la guerra le ha acarreado y devuelva el exceso al vencido que se ha sometido.

§ II. *Del botin.*

88. Llámanse botin, ó *præda bellica*, todas las cosas muebles que los vencedores toman á los vencidos.

Hay dos especies de botin. El botin que se coge al enemigo en una batalla, en un combate ó en cualquiera otra expedicion pública, forma la primera especie. Como que la batalla ó la expedicion que se lleva á cabo se hacen en nombre del rey, se supone que el mismo rey lo ha cogido y que adquiere el dominio por el ministerio de sus tropas, que no hacen otra cosa que prestarle los medios, adquiriendo para el rey y en su nombre todo el botin tomado.

Por esto el jurisconsulto Modestinus decide, que si algun soldado sustrae alguna cosa del botin, incurre en el delito de peculado: *Is qui prædam ab hostibus captam subripuit, lege peculatus tenetur*; l. 18 *ad L. Jul. de pecul.*

Aunque el dominio de todo el botin se haya adquirido para el rey, algunas veces el general, con el consentimiento del rey, distribuye parte del mismo entre las tropas para que cobren ánimo.

89. La segunda especie de botin consiste en el pillage que en una ciudad practican las tropas en virtud de autorizacion tal como se hizo el de Berg-

op-Zoom. En este caso el general en nombre del rey y considerado con poder bastante cede á sus tropas el derecho de que se halla revestido, *jure belli*, para apoderarse y adquirir con esto el dominio de las cosas objeto del pillage; en su consecuencia, cada soldado, siendo á este respecto concesionario de los derechos del rey, adquiere, *jure belli*, el dominio de las cosas de que se ha apoderado durante el pillage. A los teólogos toca examinar, si este modo de adquirir, que es el legal, segun el derecho rigoroso de la guerra, puede conciliarse con las leyes de la caridad.

90. Puede considerarse como una tercera especie de botin el que toma un partidario por encargo del rey en las incursiones que practica en país enemigo.

Se da el nombre de partidarios á los particulares autorizados por el rey para levantar partidas á sus expensas y mantenerlas, con el objeto de practicar incursiones en el país enemigo. El rey al conferirles el encargo de llevar á cabo las incursiones indicadas, les cede todo el botin que puedan coger en compensacion de los gastos que se les irroga.

ARTÍCULO II.

De los apresamientos hechos sobre mar.

En el primer párrafo veremos quienes son los que tienen derecho de apresar buques enemigos: en el segundo cuales son los buques y los efectos del apresamiento cuando este es legítimo; en el tercero lo que debe observarse por los capitanes de buques, armados en guerra, cuando han conseguido un apresamiento; y en el cuarto nos ocuparemos de los rescates.

§ I. *Quienes son los que tienen derecho de apresar buques enemigos.*

91. Los apresamientos sobre mar, se llevan á cabo, ó por oficiales de la marina del rey, ó por particulares que á sus espensas, arman buques para ir en pos de buques enemigos, con expresa autorizacion del rey refrendada por su almirante.

Estos particulares se llaman corsarios.

Los apresamientos hechos por oficiales de la marina real pertenecen al rey: con todo el rey, por via de gratificacion, concede á los oficiales y á la tripulacion del buque que ha llevado á cabo el apresamiento parte del producto de la aprehension, como veremos *infra*.

En cuanto á los apresamientos hechos por los corsarios por órden del almirante, aunque verifican la aprehension en nombre del rey, puede este cederles el producto bajo ciertas condiciones, y con la obligacion de observar ciertas formalidades, para indemnizarles tanto los gastos de armamento como los peligros á que se han exquesto.

92. Como que el derecho de hacer la guerra solo compete al rey, ningun particular puede armar un buque de guerra para apresar buques enemigos, sin previa autorizacion del rey, segun prescribe la ordenanza.

La forma de esta ordenanza es que el particular que quiera armar un buque en pié de guerra, deba obtener del almirante, que en este caso viene á representar al rey, una autorizacion que se lo permita. *Ordenanza de la Marina, art.* 1.°

Esta autorizacion debe registrarse en la Secretaría del almirantazgo del lugar donde se ha hecho el armamento, art. 2.°

Además de esto, debe prestar una caucion suficiente por la que quede obligado hasta la suma de quince mil libras, á la reparacion de los delitos que pudieran cometerse durante el tiempo de la expedicion, ya por el encargado del mando del buque, ya por cualquier indivíduo de la tripulacion.

Aunque el armador venga solo obligado á prestar una caucion de quince mil libras, no puede deducirse de esto que él no deba responder, por la reparacion de los referidos delitos, sino hasta completar esta suma; queda por el contrario obligado por el total, cualquiera que sea esta suma: puede con todo librarse de esta obligacion cediendo su buque por entero.

93. Tanto es así que tan solo aquellos que tienen autorizacion del almirante pueden efectuar aprehensiones al enemigo, que si un capitan de un buque mercante ha sido atacado en mar por otro buque enemigo del que resulta victorioso en el combate, el buque enemigo que ha apresado no le pertenece; pertenece sí al almirante, que en este caso viene á representar los derechos del rey: el almirante tiene por costumbre gratificar en todo ó en parte al que ha verificado el apresamiento, sin otras consecuencias.

94. Un armador que sin permiso del rey, hubiere obtenido autorizacion de cierto príncipe extranjero para apresar buques enemigos, se entiende que lo verifica como si careciese de tal autorizacion. Esto mismo previene el art. 3.° de la ordenanza. «Prohibimos á todos nuestros súbditos el adquirir autorizacion de ningun rey, príncipes, ó Estados extranjeros para armar buques en pié de guerra y viajar por mar con su bandera, pudiéndolo solo verificar en virtud de nuestro permiso, sopena de ser tratados como piratas.»

La disposicion de este artículo tiene lugar aun cuando el francés que hubiese obtenido esta autorizacion de un príncipe extranjero, estuviese domiciliado en los estados de éste; porque el domicilio no le hace perder la calidad de súbdito del rey que ha adquirido por nacimiento y que no le dispensan las leyes del reino, los cuales no permiten á los súbditos del rey el servir en tiempo de guerra á ninguna potencia extranjera, sin permiso expreso del rey. La disposicion del art. 3.° se ha extraido del artículo 4.° de la declaracion de 1.° de Febrero de 1653 que decia: «Prohibimos á todos nuestros súbditos domiciliados ó no domiciliados dentro de otro reino ó país de nuestra sujecion.» Si esas palabras no han sido repetidas en este artículo, ha sido solo por abreviarlo y porque se ha creido que estaban suficientemente sobreentendidas, como muy bien lo ha observado Vaslin al ocuparse de este artículo.

La ordenanza prohibiendo, por este artículo en términos generales é indistintamente, el tomar autorizacion de ningun rey, príncipes, ó Estados extranjeros, comprende todas las potencias extranjeras, no solamente las reconocidas como enemigas ó neutrales, si que tambien las amigas ó aliadas del rey. Esta es la opinion de Vaslin sobre este artículo.

§ II. *Cuales son los buques y los efectos del apresamiento legítimo.*

95. Todos los buques pertenecientes al enemigo ya sean de guerra ya mercantes, pueden ser apresados legítimamente segun las leyes de la guerra, tanto por los oficiales de la marina real, como por

los armadores corsarios provistos de la autorizacion del rey; art. 4.°

Hay que esceptuar el caso en que el buque enemigo hubiese, por cualquier causa, obtenido un pasaporte del rey, cuyo portador fuese el mismo capitan; en este caso, el buque enemigo no puede ser apresado, con tal que el tiempo del pasaporte no haya expirado, y que el capitan se haya conformado á las condiciones del mismo.

Otro tanto puede decirse si en lugar del pasaporte tuviese un salvo-conducto de un capitan francés que le haya encontrado, mientras que no haya expirado el tiempo del mismo y que sea en el viaje al puerto que el mismo salvo conducto indique, al cual debe dirigir su rumbo, como veremos *infra*, § 6.

96. No solamente el navío enemigo que ha sido cogido es buena presa, si que tambien todas las mercancías y demás efectos que en él se encuentren.

Tiene lugar esto, cualesquiera que sean las personas á quienes pertenecen las mercancías halladas en el buque enemigo que ha sido apresado. Esto mismo está expresamente resuelto por el art. 7.° que dice: «Las mercancías de nuestros súbditos y aliados que se encontraran en un buque enemigo serán igualmente consideradas como buena presa.»

Ninguna dificultad podia esto hacer surgir tratándose de mercancías pertenecientes á súbditos del rey, que cargándolas en buques enemigos, infringen la ley que les prohibe todo comercio con el enemigo y merecen, por esta contravencion, perderlas por completo.

Mayor dificultad parece haber podido surgir con respecto á las mercancías de súbditos de potencias

aliadas; sin embargo, han sido igualmente declarada buena presa por el mismo artículo. Esto se explica porque cargando sus mercancías en buques enemigos favorecen el comercio enemigo, por cuyo hecho deben forzosamente seguir la suerte del buque sobre el que han hecho la carga.

97. Un buque francés que ha sido apresado por el enemigo y que haya permanecido en su posesion mas de 24 horas, debe pertenecer con todo su cargamento al enemigo, cuyo dominio ha adquirido por el derecho de gentes y en virtud de las leyes de guerra. Porque cuando este buque es rescatado por un armador francés, es buena presa, como igualmente todo lo que va dentro; y todo el producto de esta aprehension pertenece al armador que lo ha rescatado, sin que los primitivos propietarios del buque y mercancías puedan pretender cosa alguna por haber perdido el dominio. La disposicion del artículo 8.° dice: «Si algun navío de nuestros súbditos es recobrado por nuestros enemigos, despues que haya permanecido en su poder 24 horas, la presa será buena.»

Este mismo artículo añade: «Y si ha sido hecha antes de transcurrir las 24 horas, será restituido al propietario con todo lo que contenga, deduciendo el tercio que será entregado al navío que haya hecho el recobro.»

Esta segunda parte del artículo se funda en que cuando el enemigo no ha conservado en su poder, á lo menos durante 24 horas, el buque de procedencia francés que habia apresado, puede decirse, segun la máxima *Non videtur factum quod non durat factum*, que ni real ni eficazmente puede considerarse como dueño del buque; que no ha adquirido por consiguiente el dominio; que el propietario ha

conservado siempre su condicion de tal, y que le asiste el derecho de reivindicarlo.

Obsérvese que este artículo dice indistintamente, *si algun navío de nuestros súbditos es recobrado, etc.*, sin distinguir por quien lo ha sido, si por un armador corsario ó por un buque del rey; y que la ordenanza de 1584, artículo 61 de donde ha sido extraido este artículo, atribuia á los buques del rey del mismo modo que á los armadores corsarios, el provecho del recobro en los dos casos de este artículo, sea por el total sea por el tercio. Pero Vaslin, acerca el referido artículo, afirma que el rey acostumbra devolver á los primitivos propietarios los navíos de sus súbditos que han sido rescatados del enemigo por sus buques, con todo su cargamento, cualquiera que fuese el tiempo que hubiesen estado en poder del enemigo, sin retener cosa alguna por el rescate.

98. En la interpretacion de este artículo 8 háse suscitado una cuestion sobre el hecho siguiente: un armador francés en ocasion de la guerra que sosteníamos con Inglaterra, se apoderó de un buque inglés que habia tenido en su poder durante tres dias; al cabo de este tiempo el buque del referido armador, y aquél del cual se habia apoderado, habian sido apresados por el enemigo y recobrados del mismo seis horas despues por otro armador francés. Ninguna contestacion cabia para el buque francés del primer armador; el segundo armador que lo habia recobrado del enemigo, al cabo de seis horas, consentía el devolvérselo reteniendo solamente el tercio por via de recobro de conformidad á nuestro artículo 8; la contestacion se dirigía solamente al buque inglés. El primer armador francés pretendía debérsele restituir como igualmente el suyo: funda-

ba su pretension en que habia adquirido el dominio de propiedad del buque por el mero hecho de haberlo conservado en su poder durante tres dias despues de haber tenido lugar la aprehension ; dominio que él creia haber siempre conservado, aunque el enemigo lo hubiese recobrado no habiéndole poseido mas que seis horas hasta la hora del recobro ; debiéndosele por consiguiente restituir, como igualmente el suyo propio.

Por el contrario el segundo armador sostenia que el buque inglés del que se habia apoderado, á él debia pertenecer y no al primer armador ; verdad es que este buque ha pertenecido al primero de dichos armadores mientras estuvo en su poder : pero dejó de pertenecerle así que el segundo lo recobró del enemigo. De que se considere al primer armador como haber conservado contínuamente el dominio de su propio buque, por el mero hecho de que solo ha estado en poder del enemigo 24 horas, no se deduce de que tambien haya conservado el del buque inglés que habia apresado: porque es de la naturaleza del dominio que adquirimos las cosas tomadas al enemigo, que solamente las conservamos reteniéndolas en nuestro poder y que las perdemos tan pronto que nos han sido arrebatadas y nuevamente entregadas al mismo; del propio modo que no conservamos el dominio de los animales salvajes sino en tanto que los tenemos en poder nuestro; y que los perdemos al momento—que cesamos de poseerlos, y que son reducidos á su estado de libertad natural.

Sobre estas contestaciones ha intervenido un decreto del Consejo de 5 de Noviembre 1748, informado en todas sus partes por Vaslin que ha adjudicado el buque inglés al segundo armador: el decreto

previene que hará ley en lo sucesivo y que será, por este efecto, registrado en el almirantazgo.

99. De que el primitivo propietario de un navío francés cogido por el enemigo, en cuya posesion ha permanecido mas de 24 horas, no recobra el dominio por haber sido recuperado del enemigo por un armador francés , no puede deducirse que debe ser lo mismo, cuando el navío, por cualquier caso fortuito, y sin haber sido recobrado, ha vuelto por sí mismo á algun puerto de Francia: el art. 9 decide, al contrario, que en este caso el primitivo propietario recobra el dominio, por largo que haya sido el tiempo, en que ha permanecido en posesion del enemigo. «Si el navío, dice este artículo, sin ser recuperado, es abandonado por el enemigo; ó si por tempestad ú otro caso fortuito, vuelve en poder de nuestros súbditos, antes que se haya conducido á algun puerto enemigo, será devuelto al propietario que lo reclame en el término de un año y un dia, aunque haya estado en poder del enemigo mas de 24 horas.»

Esta diferencia consiste en que, en el caso del art. 8 cuando un armador francés toma al enemigo un buque de Francia que estaba en posesion del mismo desde mas de veinticuatro horas toma al enemigo un objeto que todavía le pertenece del cual se hace dueño: debe por consiguiente adquirir el dominio; las leyes de guerra nos dan el dominio de todas las cosas pertenecientes al enemigo de las cuales nos apoderamos. Al contrario en el caso del artículo 9, cuando el buque francés que habia sido apresado por el enemigo, sin haber sido recobrado, se ha fugado por cualquier caso fortuito, por largo que haya sido el tiempo durante el cual lo ha poseido dicho enemigo ha perdido el dominio tan pronto que

ha dejado de poseerlo segun el principio establecido en el número precedente: este buque en consecuencia no pertenece ni al enemigo ni á nadie una vez que ha entrado en nuestros puertos; nada importa que el primitivo propietario no recobre el dominio *Quodam jure postliminii*.

Estas palabras del art. 9 si *el navío... vuelve... antes que haya sido conducido á algun puerto enemigo* dan lugar á la cuestion de si son aplicables en el caso de que el buque hubiese entrado en nuestros puertos despues de haber sido conducido á algun puerto enemigo donde hubiese hallado el medio de escaparse. Negándolo, se dirá que la ordenanza, por este artículo, habiendo espresado el caso en el que el buque ha vuelto *antes que fuese conducido á un puerto enemigo*, hace deducir de esto que solo es en el caso que ha acordado la restitucion del buque al primitivo propietario, y no, sino cuando hubiese vuelto despues de haber sido conducido á un puerto enemigo. Puede decirse en contra que ninguna diferencia existe entre los dos casos. Tanto en el uno como en el otro el enemigo habiendo perdido la posesion ha perdido tambien el dominio del buque; en ambos casos tambien el buque una vez que ha vuelto á entrar en nuestros puertos no pertenece ya mas al enemigo ni á ningun otro, existe pues igual fuerza de razon de una que de otra parte para adjudicarlo al primitivo propietario, *jure quodam postliminii:* por esto yo me inclino á creer que estas palabras *antes que haya entrado en algun puerto enemigo*, no deben interpretarse *restrictive*, sino *enuntiative;* porque es un caso frecuente que un buque se fugue del enemigo que lo ha apresado al paso que no es fácil llegue á escaparse una vez conducido á alguno de sus puertos.

100. Réstanos todavía observar respecto á la disposicion del art. 8 que ha adjudicado al armador el buque francés que ha rescatado del enemigo, despues de haberle retenido en su poder mas de veinticuatro horas, que no debe ser extensiva al caso en el que lo hubiese recobrado de un pirata, en este caso por mas largo que hubiese sido el tiempo durante el cual el buque recobrado hubiese estado en posesion del pirata, debe restituirse al propietario. Esta es la disposicion del art. 10: «Los navíos y demás efectos de nuestros súbditos y aliados tomados á los piratas y reclamados dentro el término de un año y un dia, de la declaracion que habrá sido hecha en el almirantazgo, serán devueltos á los propietarios, pagando el tercio del valor del buque y de las mercancías por gastos de recobro.»

La razon de la diferencia es evidente. El navío que ha sido apresado por el enemigo con todos los efectos que contenia, lo ha adquirido *jure belli;* pero el pirata que ningun derecho tiene de hacer la guerra no ha podido adquirir el dominio del que se ha apoderado ni de los demás efectos que iban dentro, cualquiera que haya sido el tiempo que lo haya poseido; los propietarios del navío y de los efectos embarcados en el mismo nunca han perdido el dominio; siempre han quedado propietarios y pueden en esta calidad reivindicarlos.

Aunque el art. dice: *los navíos y efectos de nuestros súbditos y aliados,* con todo no cabe duda alguna que esta disposicion debe extenderse igualmente á los navíos y efectos de súbditos de potencias neutrales porque esos extranjeros gozan entre nosotros de todos los derechos que da la ley natural, y por consiguiente del derecho de reivindicar las cosas que les pertenecen en cualquier parte las encuentren.

Si el navío y demás efectos tomados por un armador francés á un pirata pertenecen á nuestros enemigos, no es dudoso que no les asistiria el derecho de reivindicarlos y que serian buena presa porque las leyes de la guerra dan el derecho á los armadores provistos de autorizacion competente, de apoderarse de todo lo que pertenece á nuestros enemigos.

101. La leyes de Holanda conceden á sus armadores el dominio de todas las cosas que cojan á los piratas, sin que á los primitivos propietarios se les considere con derecho á reclamarlas.

Vaslin aborda la cuestion de saber si un armador holandés habiendo conducido á un puerto de Francia un navío francés apresado por los piratas de los cuales se lo ha vuelto á arrebatar, el goce debe concederse al propietario de conformidad á este artículo. Este autor decide la cuestion por la negativa conforme á las leyes de Holanda, y cita un decreto del Parlamento de Bordeana de 8 de Marzo de 1635 en apoyo de su opinion. Este parecer me parece insostenible. Las leyes de Holanda careciendo de imperio sobre los franceses y sobre los bienes que poseen en Francia, no han podido despojar á los franceses del dominio que tienens obre sus navíos para hacerlo traspasar á favor del armador que lo ha vuelto á tomar de los piratas.

102. No solamente los buques que pertenecen al enemigo si que tambien los cargados de mercancías pertenecientes al mismo, son igualmente buena presa. Esto mismo previene el art. 7 que dice: «todos los navíos que se encuentren cargados de efectos pertenecientes á nuestros enemigos..... serán buena presa.»

Dice el art. *todos los navíos;* lo cual comprende

todos aquellos, cualesquiera que sean sus propietarios, sea que pertenezcan á franceses, sea que pertenezcan á súbditos de potencias neutrales ó aliadas..... La disposicion de este artículo es muy justa respecto á los navíos pertenecientes á los franceses. Estos por el mero hecho de cargar un buque de mercancías de enemigos, infringen abiertamente la ley por la cual el rey prohibe á sus súbditos todo comercio con el enemigo y merecen por esta contravencion la pena señalada por este artículo que declara buena presa al navío cargado de efectos pertenecientes al enemigo.

Pero cuando el navío pertenece á un súbdito de potencia neutral, parece que tan solo las mercancías del enemigo que se han cogido deberian considerarse buena presa y es muy duro que el navío que las contenia lo sea igualmente. Por mas duro que parezca, no cabe duda alguna que sobre la generalidad de las palabras del art. 7, *todos los navíos* los buques de potencias neutrales (y que por este artículo son buena presa), están comprendidos del propio modo como los que se encuentran cargados de efectos á los enemigos pertenecientes. El art. 1.° dice sobre esto «si sobre los buques neutrales se hallan efectos pertenecientes á los enemigos de Su Majestad, los buques con todo su cargamento serán considerados como buena presa.»

La cita como fundamento de este derecho que si los buques neutrales cuando han sido cargados de efectos del enemigo, no son cosas propiamente pertenecientes á este, sino que son á lo menos cosas que se tienen al servicio del enemigo, y que el estar al servicio de este es una especie de contravencion á la neutralidad.

Por último, en ocasion de las últimas guerras fué

derogado este derecho riguroso, relativamente á los súbditos de potencias neutrales; habiendo sido ordenado por el art. 5.° del Reglamento de 21 de Octubre de 1744, que siempre que se encuentren en navíos de súbditos de potencias neutrales, efectos pertenecientes al enemigo, solamente estos serán considerados como buena presa y que el navío neutral será soltado.

Pero, si es un navío francés sobre el que han sido hallados los efectos enemigos, la disposicion del art. 8 es aplicada con todo su rigor, y el navío con todo lo restante de su cargamento es buena presa por las razones precitadas.

103. Se incurriria en la misma pena si el propietario del navío en el que se han hallado los efectos pertenecientes al enemigo, como igualmente la persona por él propuesta para recibir las mercancías hubiesen ignorado que las mercancías en cuestion perteneciesen al enemigo, los que las han traido habiéndolas hecho pasar por cosas pertenecientes á súbditos de cualquiera potencia neutral, ó cuando ellos han igualmente ignorado que esos efectos estuviesen en el navío habiendo sido introducidos por personas no autorizadas para esto? Yo opino que en uno y en otro caso, el propietario del navío habiendo plenamente justificado su buena fé y la ignorancia en que vivia, no debe comprenderle esta pena y que tan solo en este caso deben comprenderse los efectos del enemigo que deberán considerarse buena presa.

Para el segundo caso existe otra decision en la ley 11, párrafo 2.° ff. *de publican.* Dice lo siguiente: *Dominus navis, si illicite aliquid in nave vel ipse vel vectores imposuerint, navis quoque fisco vindicatur: quod si absente domino, id a magistro vel gubernatore aut foreta nautave aliquo factum sit, ipsi quidem capite puniuntur commisis mercibus, navis autem domino restituitur.*

Igual razon existe de librarle de la pena en el primer caso cuando ha recibido los efectos del enemigo que se han hecho pasar por pertenecer á otros: esta es la opinion de Grotius que yo creo fundada en equidad y ser inoportunamente impugnada por Vaslin.

104. No hay que confundir con las mercancías del enemigo, aquellas que pertenecen á un particular súbdito de una potencia neutral, las cuales ha llevado al enemigo para comerciar con él. Nunca ha sido permitido ocasionar ningun desórden á súbditos de potencias neutrales por causa de las predichas mercancías. Sin embargo, hay que esceptuar ciertas especies de cosas que se llaman objetos de contrabando las cuales los súbditos de potencias neutrales no pueden transportar al enemigo y que son consideradas como buena presa cualquiera que sea el buque sobre el cual han sido cargadas.

Estas cosas son las mencionadas en el art. 11 que dice «las armas, pólvora, balas y otras municiones de guerra, hasta los caballos que serán trasportados para el uso de nuestros enemigos, serán confiscadas en cualquier buque que se encuentren y á cualquiera persona que pertenezcan sea súbdito ó aliado.»

En cuanto á las municiones de boca que súbditos de potencias neutrales envian á nuestros enemigos, no serán consideradas como contrabando ni por consiguiente sujetas á la confiscacion, salvo un solo caso que es cuando son enviadas con destino á una plaza sitiada ó bloqueada.

Obsérvase una diferencia que la ordenanza con-

funde entre las mercancías de contrabando y los efectos pertenecientes al enemigo. Por este artículo solo las mercancías de contrabando están sujetas á la confiscacion; el navío en donde han sido halladas no está comprendido en esta sujecion; en lugar que el navío en donde han sido encontrados los efectos pertenecientes al enemigos es por el art. 7 declarado buena presa con todo su cargamento.

105. Los buques de piratas son buena presa como igualmente los pertenecientes al enemigo. Llámanse piratas todas las personas que hacen correrías por el mar, sin autorizacion (licencia ó pasaporte) de algun príncipe ó Estado Soberano.

106. Segun el art. 5.° de la ordenanza, todo buque que combata bajo bandera que no sea la del Estado del cual ha conseguido la autorizacion ó que tenga autorizacion de dos príncipes ó Estados diferentes será tambien buena presa, si está armado en guerra, el capitan y oficiales serán castigados como piratas.»

Segun el primer caso de este artículo, cuando un buque neutral en un combate que ha trabado contra un armador francés sea atacando, sea defendiéndose, ha combatido bajo otra bandera que la del Estado del que tiene autorizacion, es, por este solo hecho juzgado buena presa sin que haya necesidad de indagar si el capitan de este buque ha tenido algun motivo para atacar ó si el armador francés lo ha hecho movido por justas razones. La razon por la cual esta especie de ficcion es castigada por el derecho de gentes obedece al fin de dificultar las piraterías. El capitan de un buque combatido bajo una bandera diferente de la del Estado de que es súbdito podria por este concepto procurarse la impunidad de los insultos hechos á buques amigos del

Estado de que es súbdito, no pudiendo las partes perjudicadas, por medio de esa falsa bandera conocer el Estado á que pertenecen y obtener reparacion.

107. El rey por una ordenanza de 17 de Mayo de 1696, citada por Vaslin al final de este artículo, ha prohibido á los armadores franceses esta especie de fraude hasta para con sus enemigos. Se previene en esta ordenanza que los armadores franceses acostumbraban, á la vista de un buque enemigo que iba á su encuentro, para privarle la retirada y obligarle á entrar en combate, simularse buques neutrales, arbolando la bandera de una potencia neutral hasta que estuviesen en disposicion de combatir y de apresarlo. Su Majestad, para hacer cesar este fraude contrario á la fé pública y al derecho de gentes, ordena que los armadores franceses igualmente que los comandantes de sus buques, vengan obligados á arbolar bandera francesa antes de disparar el primer cañonazo que se llama de aviso ó seguridad; y que en caso de contravencion al armador se le prive del producto de la presa que será confiscada en utilidad de Su Majestad (salvo la parte correspondiente á la tripulacion, la cual no participando del fraude viene por esta razon exenta de toda pena. Ordenanza de 8 de Junio 1704.)

La ordenanza de 1696 añade, que si el buque apresado por un armador francés que ha arbolado una bandera extranjera, es juzgado neutral, dicho armador será condenado á todos los gastos, daños y perjuicios del propietario.

108. Tiene lugar el segundo caso del art. 5.° cuando un buque tiene autorizacion de diferentes príncipes ó Estados. La ordenanza exige que cuando un buque de esta naturaleza es apresado, sin de-

tenerse á examinar el sujeto que lo ha tomado, sea juzgado como buena presa por la circunstancia misma de tener autorizacion de diferentes príncipes ó Estados; y esto solo para obviar fraudes á que dan lugar estas diferentes autorizaciones.

109. El artículo 6 de la ordenanza trae otro caso en el que un buque es juzgado buena presa. En él se dice: «Serán todavía buena presa los buques con todos los cargamentos, caso que carezcan de cartapartidas, conocimientos ó facturas.»

Entiéndese aquí por *cartapartidas* la escritura que comprende el ajuste hecho entre el propietario del navío y el negociante, por el cual el primero lo arrienda al segundo para cargar en él sus mercancías y se obliga para con el referido comerciante de hacerlos conducir.

Conocimiento es el reconocimiento que el capitan encargado de la conduccion del navío, da al negociante de sus mercancías de las cuales el buque está cargado obligándose á conducirlas á su destino. Existe la costumbre de extender tres ejemplares; uno para el negociante que ha cargado las mencancías, otro para aquel á quien van destinadas, y otro que el capitan se queda en su poder. Los dos últimos deben hallarse en el barco.

Todo el mundo sabe lo que son *facturas*.

No hallándose ninguno de estos documentos por los cuales se podria venir en conocimiento de los sujetos á quienes pertenecen las mercancías embarcadas, la presuncion es que pertenecen al enemigo y que esos documentos han sido suprimidos solo para ocultar la procedencia; son en consecuencia buena presa como igualmente el barco que las conduce.

Solamente los documentos hallados en el barco

hacen fé que las mercancías pertenecen á aquel que las reclama. El conocimiento que pudiera exhibir el negociante pretendiendo haberlas cargado en el barco no hace fé y se presume como hecho fuera de tiempo no habiéndose hallado ninguna copia en el referido barco. Vaslin cita sobre este artículo decidiendo esto un decreto de 21 Enero de 1693.

110. Hay que observar que si estaba justificado que esos documentos han sido hallados en el buque apresado y que la sustraccion ha sido llevada á cabo por el capitan que lo ha tomado ó por algun otro individuo de su tripulacion, la ordenanza quiere que aquellos que han cometido este crímen sean castigados corporalmente.

111. El art. 12 de la ordenanza refiere un último caso en el que un buque puede considerarse como buena presa. Dice así: «Todo buque que se resista á arrear sus velas despues del aviso que se le habrá hecho por nuestros buques ú otros de nuestros súbditos armadores en guerra, se podrá obligársele á hacerlo echando mano de la artillería ó de otro modo; y en caso de resistencia ó de trabarse combate, será buena presa.»

Los comandantes, ya lo sean de buques del rey, ya de buques corsarios franceses autorizados, segun derecho por las leyes de la guerra, de ir en persecucion de otros buques enemigos, y siendo solo posible distinguir si un buque que le sale al encuentro es amigo ó enemigo, por la exhibicion de documentos del mismo, es una consecuencia lógica que les asiste el derecho de requirir al comandante de ese buque que han hallado que pruebe por la exhibicion de sus documentos si es amigo ó nó y obligarle á plegar sus velas, es decir, á acercarse, obligándole á ello caso que se resistiera.

La ordenanza por el art. 12 que acabamos de relatar exige además que el buque que no habrá querido arrear, en caso de resistencia ó de combate, sea por este hecho solo juzgado buena presa. El artículo dice, *todo buque:* esto comprende los buques tanto de súbditos de potencias aliadas ó neutrales como franceses.

Dice el artículo *que rehuse plegar velas, es decir, que no consienta acercarse al buque que le ha dado el aviso y sujetarse á la inspeccion, despues del aviso.* Aviso se toma aquí por requirimiento. Este aviso se hace ó en alta voz con ayuda de bocina ó por un cañonazo.

112. En el artículo siguiente se previene para la seguridad del buque que haya correspondido al aviso plegando velas y exhibiendo sus documentos, por la prohibicion hecha al capitan del buque armado en guerra el cual ha dado aviso, no poderle quitar ó permitir que le sea tomada alguna cosa bajo pena de la vida.

Esta pena de la vida que es muy rigorosa solo debe tener lugar cuando lo que ha sido cogido en el buque que se ha rendido, es alguna cosa considerable y cuando el capitan ha consentido el pillage que han llevado á cabo los indivíduos de su tripulacion. La pena debe disminuirse cuando lo que se ha cogido es cosa de poca monta, ó bien cuando el capitan no ha aprobado lo que ha sido tomado por los indivíduos de la tripulacion, no habiendo tan solo tenido el cuidado que era necesario tener para contenerlos.

Igualmente, si hubiese tomado del buque víveres de que tenia necesidad, y que hubiese pagado; aunque esto no le fuese permitido sin el consentimiento libre del capitan y de la mayoría de la tripulacion, y que sea en este caso reprensible, no debe por esto ser castigado segun el rigor de la ordenanza.

§ III. *Lo que debe observarse por los capitanes de buques de guerra, cuando han efectuado un apresamiento; y del modo como se distribuye el producto de la venta.*

113. Segun el art. 16 de la ordenanza: «Tan pronto como los capitanes de buques de guerra se hayan posesionado de cualquier navío, recojerán las licencias, pasaportes, letras de mar, cartapartidas, conocimientos y todos los restantes documentos concernientes al cargamento y destinacion del buque, juntamente con los cofres y armarios, cerrando los escotillones y otros lugares donde se hayan depositado mercancías.»

114. El reglamento de 25 Noviembre de 1696, artículo 16 añade que un oficial del buque que ha verificado la aprehension, se constituirá con el escribano en el buque apresado para formar inventario de todos los predichos documentos en presencia de oficiales del buque cogido los cuales serán llamados para firmarlo; despues de lo cual todos los documentos serán depositados en un saco que se cerrará para ser remitido en el mismo estado á los oficiales del Almirantazgo.

115. Segun el art. 17 el capitan que ha verificado el apresamiento debe conducirlo al puerto en donde se ha hecho el armamento bajo pena de ser multado y de perder su derecho, es decir, la parte que deba pertenecerle en el producto de la aprehension.

Esto se ha ordenado así en atencion al interés del

armador que habita en el mismo. Como que la aprehension debe ser vendida en provecho suyo y el que debe percibir el precio, salva la parte correspondiente al capitan y á la tripulacion, segun el contrato con ellos establecido, le interesa tomar por sí mismo antecedentes de la toma; y debe por esta causa ser conducido al puerto del lugar de su residencia.

116. Cuando el capitan no ha podido transportar la presa al lugar en donde se ha hecho el armamento habiendo sido obligado sea por una tempestad, sea por un buque enemigo mas fuerte que él el cual le iba en caza, de ponerse al abrigo con la presa en otro puerto, el capitan debe segun el mismo artículo, dar inmediatamente aviso á los interesados en el lugar del armamento, es decir al armador, tanto en interés del mismo como en el de sus asociados.

Sobre este aviso, al armador toca ver si juzga á propósito de dar órden al capitan de marchar del lugar en donde ha hecho escala y conducir la presa al lugar del armamento, ó bien encargar á alguno la prosecucion de la venta de la aprehension en el lugar de la escala para evitar el peligro que podria correr en el trayecto.

117. La ordenanza segun el mismo artículo quiere que el capitan conduzca los prisioneros que haya hecho al navio tomado. No le es permitido soltarlos con el fin de economizar los gastos de la alimentacion: Interesa al Estado conservarlos en su poder para cangearlos con los que el enemigo ha hecho ó pueda hacer de los nuestros.

118. Muchos casos se registran en que el capitan es obligado á soltar el buque apresado. Por ejemplo si el buque fuese tan averiado que no hubiera posibilidad de continuar el viaje, el capitan no puede hacer otra cosa que tomarle los mejores efectos y dejarlo en libertad.

Hay otro caso y es cuando el capitan á la vista de un buque enemigo mas fuerte que él, el cual va en su persecucion, ha sido obligado á soltar el buque que hubiese retardado su huida.

Pueden aun presentarse otros casos, como cuando el capitan se encuentra demasiado distante de los puertos de Francia y que la presa sea de tan poca importancia que no valga la pena de interrumpir su curso.

119. En todos estos casos, si el capitan se halla dispensado de conducir el buque tomado, tiene con todo la obligacion de hacerse cargo de todos los documentos y de llevarse consigo á los dos primeros oficiales del buque apresado, so pena de privársele de su derecho referente á lo tomado del mismo, y lo que es mas castigársele con pena corporal en caso de reincidencia.

La razon por la cual se ha ordenado al capitan de hacerse cargo de los documentos concernientes al buque apresado, se funda en la necesidad de conocer, por esos mismos documentos que deberán exhibirse, si la presa ha sido legítima ó no. La razon por la cual se deben conducir los dos primeros oficiales consiste en que puedan ser oidos, por si alguna cosa tienen que oponer contra la legitimidad de la aprehension.

120. El art. 21 prescribe lo que debe verificar el capitan que hà llevado á cabo la presa y se espresa de este modo: «Inmediatamente que la presa haya sido conducida á alguna rada ó puerto de nuestro reino, el capitan que la haya llevado á cabo, y está allí en persona, ó bien su encargado,

tendrá el deber de extender su relacion que deberá dirigirse á los oficiales del Almirante, de representarles y traerles los documentos y prisioneros, declarándoles el dia y la hora en que el buque ha sido capturado con espresion del lugar ó de la altura: si el capitan se ha resistido á entregarse, ó á exhibir su autorizacion ó licencia; si ha iniciado el ataque ó bien si ha permanecido á la defensa; que bandera arbolaba y las demás circunstancias de la captura.»

El artículo dice *el capitan:* en esto vienen comprendidos no solamente los capitanes de buques corsarios, si que tambien los buques del rey que vienen obligados á cumplimentar todo lo que este artículo prescribe cuando han hecho algun apresamiento, ó bien su encargado. Algunas veces el capitan que ha hecho la captura, para no interrumpir su curso confiere á un oficial juntamente con algun indivíduo de su tripulacion el encargo de conducir la presa á algun puerto de Francia.

Documentos. Generalmente debe presentar todos los documentos hallados en el navío no solamente aquellos con los cuales se viene en conocimiento de las personas á quienes pertenecen el navío y demás efectos en el mismo comprendidos y su destinacion, si que tambien los pertenecientes á los particulares que venian en la nave los cuales les han de ser devueltos despues de juzgado el apresamiento. El Juez forma espediente de todos los documentos que han sido presentados, cuyo depósito ó custodia encarga al escribano despues de haberlos numerado.

Los prisioneros. Actualmenle no son los oficiales del almirante á quienes deben enviarse sino al comandante de la plaza ó al comisario de marina. *Las demás circunstancias del apresamiento; Ejem.* si ha

habido pillage; si se han arrojado documentos al mar, si ha conducido todos los prisioneros ó el destino que ha dado á los demás no conducidos; cuando el puerto en donde ha llegado no es aquel en que se verificó el armamento, debe exponer las razones que le han impedido la vuelta al mismo.

Hecha ya la relacion, los oficiales del almirante se constituyen en el buque apresado. El juez procede (en presencia del capitan ó de los principales tripulantes del buque apresado y del capitan ú otro oficial del buque apresador) á la formacion de un proceso verbal acerca de la cantidad y calidad de mercancías allí existentes y del estado de los aposentos y armarios estampando en él el sello; toma declaracion á los principales tripulantes del buque apresado y á los del buque apresador, cuyo espediente se remite luego al Consejo de Apresamientos para juzgar de la legitimidad del que se trata. Véanse los arts. 22, 23 y 24.

121. Lo que no haya sido declarado buena presa deberá devolverse sin dilacion á los propietarios ó á los portadores de sus poderes.

122. En cuanto á lo que haya sido declarado buena presa es costumbre constante y universal, segun atestigua Vaslin en el art. 31, subastar judicialmente el navío, mercancías y demás efectos en el mismo contenidos.

Del precio resultante, se deducen primeramente los gastos de descarga y los que haya ocasionado la custodia del buque y mercancías; art. 31.

Deducidos estos gastos se toma otra vez la décima parte que corresponde al almirante, se tomaba esta parte antes de deducirse los gastos judiciales; pero este derecho del almirante habiendo sido suspendido en ocasion de las últimas guerras ha sido

por último perpétuamente abolido en virtud del decreto del mes de Setiembre de 1758.

Dedúcense luego los gastos judiciales.

Despues de hechas todas estas deducciones, el remanente del producto de la venta se reparte entre los interesados del armamento segun las convenciones que entre ellos se hayan establecido, art. 32.

123. Cuando las partes no han estipulado á este efecto ningun convenio *los dos tercios pertenecerán á aquellos que habrán surtido el buque de las municiones y vituallas; y el otro tercio á los oficiales, marineros y soldados*, art. 33.

La ordenanza dice que el tercio este pertenece á los oficiales, marineros y soldados, lo cual comprende generalmente todas las personas de la tripulacion, desde el capitan hasta el último criado. Cada uno tiene mas ó menos parte segun su grado. El capitan tiene tan solo doce partes, otros tienen ocho, seis, cuatro, dos ó una parte solamente; los grumetes unos tienen media parte, otros una cuarta parte. Véase el reglamento de 25 de Noviembre de 1693.

124. Hay en el navío apresado otros efectos que no entran en la reparticion hecha entre los armadores y la tripulacion los cuales por su naturaleza son entregados á la tripulacion.

Al capitan corresponde el despojo y cofre del jefe del navío apresado, al teniente el del teniente, al piloto el del piloto; al carpintero el del carpintero y sus útiles y así tratándose de los demás. Véase Vaslin, art. 21.

125. Existe una cuestion respecto al art. 33 de que acabamos de hacer mencion que se reduce á saber si su disposicion debe tener lugar no solamente cuando el apresamiento lo ha verificado un corsario

de guerra, si que tambien cuando ha sido llevado á cabo por un buque de guerra y mercante á la vez; ó si, en este último caso la tripulacion no debe percibir mas que una décima parte segun el decreto del Parlamento de Burdeos, porque siendo así la tripulacion resulta pagada por el armador en vez que el armador de un buque de guerra solo no dá participacion á los indivíduos de su tripulacion haciéndoles tan solo adelantos, de los cuales, se reembolsa con las partes que corresponderian á cada uno de ellos en el producto de las aprehensiones. Se alegaba todavía de que en el caso de apresamientos hechos por buques del rey éste solo concedia á los oficiales y tripulacion la décima parte del producto de la presa. Este argumento no puede tener mas lugar, por conceder el rey en la actualidad el tercio.

126. Cuando el apresamiento ha sido verificado por buques del rey, este antiguamente solo concedia una décima parte; pero por su declaracion de 15 de Junio de 1757 da á la tripulacion del buque que ha llevado á cabo la presa, el tercio del producto líquido de esta, deducidos los gastos de descarga, custodia y judiciales; en cuyo tercio el comandante interesa la cuarta parte; los oficiales del Estado mayor otra cuarta parte para ser repartida entre ellos segun sus diferentes grados; y las dos restantes deben dividirse entre las demás personas que forman la tripulacion, tanto oficiales como soldados y marineros, de conformidad á lo explicado en la predicha declaracion del rey, art. 9.

§ IV. *De los rescates.*

127. La convencion del rescate es una convencion en que interviene por una parte el comandante

del buque que ha atacado y por otra el del buque que ha sido atacado, por la cual el primero consiente dejar en libertad al buque atacado, y darle un salvo-conducto, mediante una suma convenida, que el comandante del buque atacado, tanto en su nombre como en el de los propietarios, tanto con el buque como con las mercancías que contiene, promete pagar y para mayor seguridad del pago, concede un rehen.

Esta convencion se hace por medio de doble escritura: la una para el comandante del buque atacado que le sirve de salvo-conducto, y la otra para el comandante del buque atacador á la cual llamamos *billete de rescate*.

Esta convencion es legítima; cuando el derecho de la guerra dando al soberano, cuando la guerra es justa el derecho de apoderarse de los bienes y buques del enemigo, es una consecuencia que le asiste igualmente el derecho de exigir rescate.

Del propio modo que el rey autoriza tambien á los corsarios que tienen licencia de su almirante, y les coloca en sus derechos para perseguir los buques enemigos, y para apoderarse de los mismos con todo lo que traigan, les autoriza igualmente y les coloca en el derecho de hacerles recobrar con la obligacion de observar todo aquello que á este respecto prescriben las ordenanzas y reglamentos.

128. Siendo mucho mas ventajoso para el Estado y para el armador apresar los buques enemigos, antes que procurar un solo rescate, los capitanes no deben admitir por via de rescate los buques enemigos que ataquen, sino cuando juzgan no poder hacer otra cosa con condiciones mas favorables, *puta*, cuando se encuentran en una posicion y en circunstancias tales que hay motivo suficiente para creer

que no les seria posible conservar la presa hecha; ó bien cuando esta es de tan poca monta que no valga la pena de conducirla á los puertos de Francia de los cuales se encuentran alejados; lo cual no podria efectuarse sino interrumpiendo el viaje cuya continuacion en este caso encuentran mas ventajosa ó por cualquier otra causa. El capitan puede despues de haber conferenciado con los principales oficiales y con la anuencia de la mayoría de su tripulacion admitir el rescate del buque enemigo.

Temiendo que los capitanes de los buques corsarios no consintieran de buen grado, por cobardía ó por evitar el combate, admitir el rescate, el art. 14 de la declaracion de 15 Mayo 1856 previene no estarian para ello autorizados sino despues de haber enviado á los puertos de Francia tres apresamientos efectivos despues de su última salida; pero Vaslin nos prueba que esta disposicion no ha tenido ejecucion ni haberla establecido el uso.

En consecuencia de este principio se sigue que los capitanes no deben admitir, por vía de rescate, los buques enemigos sino cuando no tienen que esperar otra cosa mejor; que les está prohibido admitir como rescate ningun buque enemigo, tan pronto que este haya entrado en las radas y puertos del reino.

129. Por la ordenanza de primero de Octubre de 1692 se prohibe á nuestros corsarios, cuando hacen rescatar cañoneras pescadoras enemigas, el permitirles continuar su pesca. Tan solo pueden concederles un salvoconducto de ocho dias ó mas para que se vuelvan á sus casas.

Por el Reglamento de 27 Enero de 1716 art. 4.° puede llegar hasta quince dias.

La Ordenanza de 1692 no fijaba tiempo alguno

para el salvoconducto de otros buque rescatados; contentábase con decir que no debia expedirse sino por el tiempo absolutamente necesario para llegar al lugar de su destinacion.

El Reglamento de 1706 requiere que no pueda extenderse por mas tiempo que el de seis semanas.

130. El mismo Reglamento dice que este salvoconducto solo podrá ser concedido al buque rescatado por todo el tiempo necesario para volver al puerto de su partida salvo el caso en que el buque rescatado se encontrara mas cerca del lugar de su destinacion que del de su partida; en cuyo caso el predicho Reglamento, art. 5.°, permite dárselo para ir al lugar de su destino. Existen algunos otros casos mencionados en el referido artículo en los cuales puede darse al buque rescatado un salvoconducto para continuar su viaje.

131. Segun el mismo Reglamento el tratado de rescate debe hacer especial mencion del puesto donde el buque rescatado debe volverse y del tiempo en que debe verificarlo.

132. El capitan que ha exigido rescate á un buque enemigo, venia obligado, por el art. 19 de la Ordenanza, á recoger los documentos del buque en cuestion. El Reglamento de 1706 art. 6.° ha derogado espresamente esta disposicion: ordena solamente que el capitan lleve por rehenes uno ó dos de los principales oficiales del buque rescatado; pero siguiendo la costumbre basta uno solo.

133. Finalmente, el capitan que ha rescatado buques enemigos, debe, tan pronto haya realizado su regreso á algun puerto de Francia, formar una relacion para los oficiales del almirantazgo y presentar los rehenes, los cuales son retenidos prisioneros hasta el pago de los rescates.

Cuando el capitan ha tomado algunos efectos ó mercancías del buque rescatado que se ha hecho dar además del rescate estipulado, debe, de ello hacer mencion en su relacion, bajo pena de restitucion del cuádruplo, de lo que hubiere suprimido y de prescribir su parte en los referidos efectos.... véase Vaslin, art. 19.

134. Nos resta tratar de las obligaciones que nacen de la convencion de rescate.

El capitan del buque que ataca se obliga en consecuencia del rescate convenido á dejar en libertad al buque rescatado ó volver libremente al lugar señalado en el tratado de rescate, con tal que lo verifique en el tiempo señalado en el mismo; dándole en su virtud un salvoconducto que debe durante el referido tiempo, ponerle al abrigo de todo insulto de parte de los comandantes de los buques franceses y lo que es más de aquellos de Estados aliados que pudiera encontrar en su viaje durante dicho tiempo, exhibiéndoles el salvo-conducto que nos ocupa.

Esto es lo que resulta de los términos concebidos en los formularios de tratados de rescate que se libran á los capitanes en los almirantazgos, *rogando á todos nuestros amigos y aliados franqueen el paso segura y libremente al buque* tal.... para ir á *tal punto*..... sin permitir que durante dicho tiempo y en la predicha travesía sea molestado por ningun concepto.

Se dirá ¿cómo puede ser que el capitan que ha convenido el rescate, pueda en virtud del salvo-conducto que ha espedido al gefe del buque rescatado, obligar á los comandantes de los demás buques que le hallarán, á dejarle pasar libremente? porque es un principio que no se puede obligar por una con-

vencion de terceros que no han sido partes. Se responde que no es esta convencion sola, *et per se*, que obliga á los comandantes de otros buques á respetar el salvoconducto que ha sido dado al buque rescatado en virtud de esta convencion, sino que hay además la autoridad del rey, de la que en cierto modo se consideran estar revestidos esta convencion y el salvoconducto dado para su ejecucion. En efecto, el rey autoriza á los capitanes de buques corsarios no solamente el apoderarse de buques enemigos que hallen, sí que tambien exigirles rescate si lo juzgan mas ventajoso. Como que es en nombre del rey que se apoderan de los buques enemigos, de parte del mismo tambien, y en cierto modo en su nombre exigen el rescate. Esta convencion de rescate y el salvoconducto que entregan al jefe del buque libertado, el cual forma parte de esta convencion, deben ser, pues, considerados de alguna manera revestidos de la autoridad del rey, la cual deben respetar los comandantes de todos los buques franceses, tanto del rey como corsarios.

En esta atencion dice el Reglamento de 27 Enero de 1706, art. 7.°: «Su Majestad ha prohibido muy terminantemente á todos los capitanes y armadores el detener á los buques provistos de su correspondiente billete de rescate..... sopena de pagar los gastos, daños y perjuicios.»

Hay tambien una série de tratados de alianza en que los comandantes de los buques de Estados aliados respetan los salvo-conductos.

135. El salvo-conducto solo produce efecto cuando el buque es hallado en su curso y en el tiempo prescrito. Por esto dice el art. 8: «Sin embargo, Su Majestad permite á los armadores detener por segunda vez al buque rescatado, si lo hallan fuera

de la vía que le habrá sido señalada, ó fuera del tiempo prescrito, y conducirlo á algun puerto del reino, ó bien declararlo buena presa.»

Con todo, si se justificara que ha sido por causa de una tempestad que el buque rescatado ha venido fuera de la vía, y que iba en camino de recobrarla, parece equitativo, en este caso, respetar el salvoconducto.

136. De otra parte, el jefe del navío rescatado se obliga, en virtud de la convencion del rescate, á pagar la suma convenida por el mismo. Y se obliga, no solamente en su nombre, sí que tambien *actione exercitoria*, tanto el propietario del navío en cuestion como los propietarios de las mercancías en él contenidas, cada uno á proporcion de lo que interese. Esto es lo que se desprende de los formularios de tratados de rescate que expide el almirantazgo: «Yo, jefe del navío, tanto en mi nombre como en el de los referidos propietarios de dicho buque y mercancías, me he sometido voluntariamente al pago, etc.» Porque el propietario del navío, al haberle nombrado para la conduccion de su navío, y los negociantes al haberle igualmente nombrado conductor de sus mercancías, son considerados haberle cada uno conferido poder para estipular lo que juzgue necesario á la conservacion de las cosas, cuya conduccion le ha sido encomendada, y haber tambien consentido y accedido á todas las obligaciones que le fuera preciso contraer á este efecto.

137. Los deudores del rescate, para librarse de esta obligacion, deben no tan solo pagar la suma convenida por dicho rescate, sí que tambien deben reembolsar todos los gastos de alimentacion que han sido ocasionados por el rehendado para seguridad del pago del rescate estipulado.

138. Si el buque rescatado pereciese por tempestad antes de su arribo, el rescate no dejaria de ser debido, porque el capitan que ha exigido el rescate ha garantido muy bien al jefe del navío de cualquiera acechanza que los comandantes de buques franceses y aliados podrian armarle durante su travesía; pero de ningun modo le ha respondido de cualquier tempestad ni de otros casos fortuitos.

Eso, con todo, si existiera una cláusula expresa en el tratado de rescate, por la cual no fuese debido el rescate si el buque pereciera en camino á causa de tempestad, antes de su arribo, seria necesario atenerse á lo convenido.

Cuando esta cláusula viene señalada por el tratado, debe restringirse al caso en que el buque rescatado hubiese sido sumergido por la tempestad, y de ningun modo puede extenderse al caso de haberse encallado. Si el encalle del buque, en el caso de esta cláusula, le dispensara de pagar el rescate, sucederia muy á menudo que los jefes de navíos rescatados, para libertarse de esta obligacion, le harian naufragar voluntariamente, despues de haber puesto á salvo los objetos mejores.

139. Cuando el buque rescatado ha sido apresado por otro corsario francés, fuera de la vía, ó despues de haber expirado el tiempo marcado en el billete de rescate, y en consecuencia declarado buena presa, ¿se considera en este caso á los deudores del rescate dispensados de esta obligacion? Negándolo, se dirá: si los propietarios del buque rescatado y de las mercancías no se hallan exonerados del consabido rescate por la pérdida que han experimentado del buque y mercancías, por causa de tempestad, que es un caso fortuito, como arriba hemos indicado, menos deben todavía considerarse descargados

de tal obligacion, cuando la pérdida del buque y mercancías ha sido motivada por falta manifiesta del conductor, el cual, infringiendo el tratado se ha colocado voluntariamente en el caso de ser apresado por otro corsario francés.

A pesar de estas razones, Vaslin, en el art. 19 de la Ordenanza, afirma que el uso es constante, que cuando un buque despues de rescatado, á falta de haberse conformado al tratado de rescate, es apresado por otro segundo armador, los deudores son dispensados de dar cumplimiento al mismo, por confundirse con el precio, y es separado del producto resultante de la presa en provecho del primer armador que ha exigido el rescate al buque. El sobrante de este producto corresponde al segundo armador, que ha llevado á cabo el apresamiento.

Esta decision se funda en que el primer armador ha exigido el rescate en nombre del rey á la par que el segundo lo ha apresado en nombre del mismo; al primero corresponde el rescate, al segundo la utilidad del apresamiento, siendo los dos competentemente autorizados por el rey. Además, la equidad no permite que el rey, ni ninguna otra persona, tenga á la vez el buque y el rescate del mismo: del precio de éste, pues, debe deducirse el del rescate.

140. Cuando el capitan de un buque francés, despues de haber exigido el rescate á un buque enemigo le ha sido por este arrebatado con el billete de rescate del que es portador, dicho billete con el resto del apresamiento vuelve á ser conquistado por el enemigo, y las personas de nacion enemiga que fueran deudores del rescate, se encuentran, por este motivo, libres de sus obligaciones.

Esta deuda, que ha sido una vez extinguida, no puede servir mas, aun cuando el buque que el ene-

migo ha rescatado y que ha vuelto á ser apresado por el mismo, volviese á ser cogido.

141. Además de las obligaciones respectivas que el contrato de rescate produce entre las partes contratantes de que acabamos de hablar, da lugar indirectamente á algunas otras acciones. Tal es aquella que el jefe del navío rescatado que viene obligado en nombre propio al pago del rescate, tiene contra los propietarios, tanto del navío como de las mercancías, para que sean obligados, cada uno proporcionalmente á lo que interese, á satisfacer esta obligacion. Esta accion no nace del contrato de rescate; es simplemente una coyuntura: nace de los contratos que han mediado, tanto entre el jefe del navío y el propietario del mismo, cuando éste le ha nombrado para la conduccion, como entre el jefe y los propietarios de las mercancías cuando estos le han igualmente nombrado conductor. Por estos contratos, los propietarios, sea del navío, sea de las mercancías se han obligado para con él de indemnizar las obligaciones que le fuese precisado estipular para la conservacion del navío y mercancías.

142. El indivíduo que al simple requirimiento del dueño del buque rescatado se ha constituido voluntaria y gratuitamente rehen para seguridad del pago del rescate, tiene igualmente la accion *mandati contraria* contra el dueño del buque rescatado para que esté obligado á redimirlo todo lo antes posible, y procurar su libertad satisfaciendo las sumas por las que se ha constituido rehen, y además para que responda de todos los gastos ocasionados y por ocasionar por haberlo sido, *quantum sibi abest ex causa mandati*.

Esta accion nace del contrato de mandato mediado entre el dueño del navío y esta persona,

el cual se origina de que al requirimiento del dueño del navío, dicha persona haya consentido constituirse rehen.

143. El rehen tiene tambien para los mismos fines la accion *exercitoria* contra los propietarios del buque y mercancías, los cuales al nombrar el dueño del navío al mando del navío y mercancías, se les considera haber consentido y accedido á todas las convenciones y contratos que hiciera para la conservacion de los mismos, y por consiguiente al contrato de mandato mediado entre el dueño del navío y las predichas mercancías.

El rehen, por la accion que tiene contra los propietarios del navío rescatado y de las mercancías, tiene privilegio sobre estos.

144. Cuando un rehen francés es detenido en el domicilio del enemigo, por razon del rescate del buque francés por este rescatado, tan pronto como el buque en cuestion ha entrado de nuevo en alguno de nuestros puertos, los oficiales del almirantazgo, por interés del rehen, se posesionan del buque y mercancías hasta tanto que los propietarios han libertado al rehen y hayan á su vez reembolsado ó bien que hayan prestado caucion formal y suficiente de hacerlo.

ARTÍCULO III.

De los prisioneros de guerra.

145. Por el derecho romano y por el de los antiguos pueblos, cuando estados soberanos con derecho de declarar la guerra, estaban en ella, los que habian sido hechos prisioneros eran reducidos á esclavos y venian á ser, *jure belli et jure gentium*, los esclavos del enemigo.

A este derecho debemos atribuir el orígen de la esclavitud: *Servi ex eo appellati sunt quod imperatores captivos vendere solent, ac per hoc servare nec occidere solent; qui etiam mancipia dicti sunt, eo quod ab hostibus manu capiebantur; Inst. de jur. person.*

146. Segun el derecho romano, el que habia sido cogido por el enemigo, y reducido al estado de esclavitud perdia con la libertad todos los derechos de ciudadano romano que no podian pertenecer mas que á personas libres.

Pero si hallaba medio de escaparse de manos del enemigo, á su vuelta y así que habia vuelto á pisar tierra del imperio romano, recobraba los derechos de ciudadanía, en términos que era reputado como si no los hubiese perdido jamás, y no haber sido tampoco cautivo del enemigo. Por esto se llama *jus postliminii*.

El que habia sido cogido y no habia vuelto, habiendo permanecido toda su vida en poder del enemigo, era considerado muerto desde el último instante que habia precedido á su cautividad, y como muerto tambien se le consideraba aun en el caso de gozar de los derechos de ciudadano romano. Véase sobre esto el título de *captiv. et postlim. ref.*

147. Este derecho de gentes que reducia al estado de esclavitud á aquellos que habian sido cogidos por el enemigo, solo tenia lugar respecto de aquellos que habian sido hechos prisioneros en una guerra solemnemente declarada por los enemigos propiamente dichos, los cuales tenian el derecho de proseguirla, á los que llamamos *hostes*, y antiguamente *perduelles*. En cuanto á aquellos que habian sido cogidos por bandidos, aunque estos les sujetasen á oficios propios de esclavos, no se les consideraba como tales, y conservaban por consiguiente todos los derechos de ciudadano.

Así lo enseña Ulpiano: *Hostes sunt quibus bellum publicé populus romanus decrevit, vel ipsi populo romano. Cæteri latrunculi vel prædones appellantur; et ideo qui á latronibus captus est, servus latronum non fit, nec postliminium ei necessarium est: ab hostibus autem captus, ut puta á Germanis et Parthis, et servus hostium est, et postliminio statum pristinum recúperat*, 1, 24, *de capt. et postlim. revers.*

148. Desde tiempo muy remoto, en todos los Estados de príncipes cristianos, los prisioneros de guerra no son reducidos á calidad de esclavos. Conservan su estado de libertad; conservan en su país, de donde están ausentes, todos los derechos de ciudadanos. El derecho de guerra, tal como tiene lugar hoy entre los príncipes cristianos, no da al vencedor otros derechos sobre las personas de los prisioneros de guerra, que el de detenerlos para privarles de hacernos la guerra.

Y aun sucede con mucha frecuencia que el vencedor no usa de todo su derecho con respecto á los oficiales de alta graduacion, y los devuelve, bajo palabra de honor de no prestar sus servicios durante todo el tiempo que la guerra durare.

149. Aunque aquellos que han sido cogidos por los Moros hayan sido vendidos á dueños, durante su cautividad, y sujetados á oficios propios de esclavos, no se les considera como tales y conservan durante su cautividad todos sus derechos de ciudadanos, y son capaces de sucesiones y de legados, que podrán aceptar por alguno á quien hayan conferido poderes, del lugar de su cautividad.

SECCION III.

De la accesion.

150. La accesion es un modo de adquirir el dominio que es del derecho natural, por lo cual el dominio de todo lo que es un accesorio y una dependencia de cierta cosa corresponde de absoluto derecho á aquel á quien la cosa pertenece, *vi ac potestate rei suæ* (1).

Una cosa es accesorio de otra, ó porque ha sido producida ó porque le ha sido unida, formándose esta union ó naturalmente y sin intervencion del hombre, ó bien por algun hecho de este.

Dividiremos esta materia en cuatro artículos: en el 1.º trataremos de la accesion que resulta de las cosas producidas de otra que nos pertenezca; en el 2.º de aquella que resulta de las cosas que se unen á la misma naturalmente y sin que intervenga ningun hecho del hombre; en el 3.º de la que resulta de las cosas unidas por hechos de éste, y en el 4.º de dos especies mas de accesion, que son la especificacion y la confusion.

(1) Ley 35, título 28, Partida 3.ª, Ley 16, tit. 2.º, Part. 3.ª; El Código civil francés desde el artículo 552, comprende en el derecho de accesion todo aquello á que se estiende el derecho de dominio; y así en ese Código, la accesion comprende igualmente los casos en que una persona es propietaria de una cosa á título de accesion, y aquellos en que viene á ser propietaria por efecto de la accesion. Código de la República argentina art. 66, tít. 5.º, libro 3.º, cap. 3.º, Códigos de Méjico, art. 896, Código de Guatemala, art. 580, en el cual se define la accesion en estos términos. Se llama accesion el derecho que la propiedad de una cosa mueble é inmueble nos dá sobre todo lo que esta produce, sobre sus mejoras, sobre lo que se le une por obra de la naturaleza, ó por manos del hombre, ó por ambas cosas juntamente. Código italiano, art. 443, Código del Canton de Baud, art. 347. Código prusiano, art. 222. Código de la Luisiana art. 490.

ARTÍCULO I.

De la accesion que resulta de las cosas producidas de otra que nos pertenezca.

151. Todo lo que mi cosa produce es considerado como una especie de incremento y accesorio; y en consecuencia el dominio lo adquiero por derecho de accesion, *vi ac potestate rei meæ* (1).

Por razon de este derecho de accesion se considera que todos los frutos que nacen de una cosa siguen el dominio de la misma, y son adquiridos de pleno derecho por el señor propietario de la cosa, *vi ac potestate rei suæ*.

Mientras que los frutos están todavía pendientes de mi tierra que los ha producido, forman un solo todo y una sola cosa con la misma tierra: *fructus pendentes pars fundi videntur;* l. 44, ff. *de rei vind.* El dominio que yo tengo de un campo encierra pues el de los frutos: cuando los frutos vienen á ser separados de mi hacienda, provienen de séres distintos, de los cuales adquiero el dominio en consecuencia del que yo tengo de la cosa que los ha producido, viniendo á ser los productos y accesorios.

El dominio que adquiero de aquellos frutos es un dominio distinto de aquel que yo tengo de mi tierra. Aunque sea el dominio que tengo de la misma el que ha producido el de estos frutos, adquiero en el mismo instante que esos frutos son separados del árbol de que pendian, y que empezaban á tener un ser distinto del árbol de que formaban parte.

(1) Leyes 41 y 42, tit. 28, Part. 3.ª Instituta libro 2.º, tit. 1.º, Párrafo 3.º

Adquiero de esta manera todos los frutos que mi tierra ha producido, sean naturales ó industriales. Adquiero estos aun cuando fuere otro el que hubiera sembrado y cultivado mi campo que los ha producido; porque no es el cultivo sino el dominio el que hace adquirir los frutos que la tierra produce; *omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur;* l. 25. ff. *de usur*. El propietario de la hacienda viene solamente obligado en este caso á reembolsar el precio y gastos de la siembra á aquel que los ha pagado.

152. Los hijuelos que nacen de animales que nos pertenecen son frutos de los mismos, de los cuales, por consiguiente, el propietario del animal que los ha parido adquiere el dominio por derecho de accesion, *vi ac potestate rei suæ* (1).

Obsérvese que aunque el macho que ha fecundado la hembra que ha parido los hijuelos haya tenido parte en la produccion de esos hijuelos con todo esta participacion no se toma en consideracion bajo ningun concepto. Los hijuelos que la hembra ha parido solo se les considera como fruto de la misma y por lo tanto el dominio de estos hijuelos es en un todo adquirido por el dueño á quien dicha hembra pertenece sin que el dueño del macho que la ha fecundado pueda pretender ninguna participacion: *Pomponius scribit, si equam meam equus tuus prægnantem fecerit, non esse tuum, sed meum quod natum est;* l. 5. § 1.° ff. *de rei vind.*

(1) La ley 25, tit. 28, part. 3.ª, dispone que el parto de las vacas, ovejas, yeguas, asnas, ó ganados semejantes es del dueño de la hembra y no del macho, salvo que haya pacto entre los dueños ó costumbre en contrario. Código francés, art. 547, leyes 20. 21 y 22, título 31, part. 3.ª Leyes 9 y 11, párrafo 1.°, tit. 1.° Libro 7.° y leyes 29, tit. 3.°, lib. 5.° y 62, tit. 1.°, libro 6.° del Digesto y párrafo 37, título 1.°, lib. 2.° de las Instituciones. Lo mismo que la ley 25, tit. 28, partida 3.ª disponen los Códigos de Guatemala y Méjico en sus arts. 583 y 872 respectivamente.

Se funda esto en que la parte que el macho que ha fecundado á la hembra para la produccion de los hijuelos es muy poca cosa en comparacion de aquella que tiene la hembra que lleva en su seno los hijuelos despues del mismo instante de su concepcion, por cuya razon se les considera como una porcion de entrañas de la madre, *portio viscerum matris*.

En nuestras colonias de América, pertenecen tambien al propietario de la negra los niños que de la misma nacen aun cuando el padre perteneciera á otro amo, y aun cuando tambien fuera de condicion libre; porque es un principio que escepto el caso de un matrimonio legítimo del cual no son capaces los esclavos, los niños siguen la condicion de la madre; l. 24 ff. de *stat. hom.*

153. El principio que hasta ahora hemos establecido, que el propietario de una cosa adquiere por derecho de accesion, *vi ac patestate rei suæ,* el dominio de los frutos que de la misma nacen, parece sufrir algunas escepciones, que, con todo, no son consideradas como verdaderas.

La primera es cuando el propietario de la cosa solo tiene la nuda propiedad, perteneciendo á otro el usufruto; porque, en este caso, no es el propietario, sino el usufructuario quien adquiere los frutos que nacen de la cosa.

Verdad es que segun la sutilidad del derecho romano, el usufructuario no adquiria los frutos de la heredad de la que tiene el usufruto, sino cuando el mismo los percibia, ó algun otro por él y en su nombre; pero hemos visto por nuestro derecho francés, que todos los frutos indistintamente que nacen mien-

tras subsiste el usufruto, pertenecen al usufructuario. Véase nuestro tratado de *Douaire*.

El derecho que tiene el propietario de adquirir todos los frutos que nacen de su cosa por derecho de accesion, *vi ac potestate rei suæ*, el cual viene comprendido en el derecho de dominio y del que forma parte, está desde la constitucion del usufruto, desligado del derecho de dominio, y transferido al usufructuario, el cual adquiere los frutos en virtud de esta parte del derecho de dominio de la heredad que le ha sido transferida. En este sentido se dice que *usufructus pars dominus est.*

Por esto, aun en el caso de esta escepcion aparente, el usufructuario adquiere los frutos por derecho de accesion, *vi ac potestate rei*, como siendo *dominii loco*, con respecto á la adquisicion de los mismos.

154. La segunda escepcion es en el caso en que el propietario de la cosa ha contraido para con alguno la obligacion de dejarle percibir los frutos de su heredad durante cierto tiempo, como cuando la ha arrendado á alguno, ó que ha puesto en posesion á su acreedor para percibir los frutos, en deduccion del crédito, hasta el completo pago. En este caso, no adquiere los frutos el que tiene el dominio de la cosa, sino su arrendador ó acreedor. Pero como este acreedor ó arrendador solo los adquiere mientras goza del derecho que el señor le ha transferido, nuestro principio que el dominio de los frutos, sigue al dominio de la cosa de la que son accesorio, no queda en este caso desvirtuado, puesto que perteneciendo los frutos al señor per derecho de accesion, el arrendador ó acreedor los percibe por él, pudiéndose suponer que el dominio de esos frutos se ha (por derecho de accesion) adquirido justa é

instantáneamente para el señor, pasando luego de su persona á la del arrendador ó acreedor á quien ha conferido sus derechos.

155. El tercer caso de escepcion es cuando la cosa es poseida por alguno que se considera propietario sin serlo. Los frutos que nacen de la cosa durante todo el tiempo que la posee, los adquiere con preferencia al verdadero propietario. Esta excepcion es solo aparente, que tampoco destruye nuestro principio de que el dominio do los frutos sigue al de la cosa de la que son accesorios; porque si el posesor que verdaderamente no es propietario, parece en este caso adquirir los frutos de la cosa, solo sucede esto mientras es tenido como tal propietario, siendo todo posesor considerado propietario de la cosa que posee hasta que ha comparecido el verdadero propietario y haya justificado plenamente su derecho : del mismo modo que ha resultado que ese posesor solo era un propietario aparente, se sigue tambien que solo en apariencia ha podido adquirir los frutos, los cuales, en justicia, pertenecen al verdadero propietario de la cosa, siendo como son accesorios; cuyos frutos debe en consecuencia restituir al propietario de la cosa, á menos que la buena fe de su posesion le dispense de esta obligacion, como tendremos ocasion de ver *infra parte* 2.ª

ARTÍCULO II.

De la accesion que resulta de la union de una cosa con otra que nos pertenece, naturalmente y sin intervencion del hombre.

156. Cuando alguna cosa se une con otra que me pertenece, de modo que solo vengan á formar un

solo y mismo todo, del cual mi cosa representa lo principal del mismo, el dominio que yo tengo de mi cosa me hace adquirir por derecho de accesion, *vi ac potestate rei meæ*, el dominio de todo lo que está unido á esta cosa y que se considera como formando parte.

Esta union se hace naturalmente, sin hecho alguno del hombre, ó por intervencion de este. En este art. solo citaremos ejemplos de la union que se verifica naturalmente y sin hecho alguno del hombre.

PRIMER EJEMPLO.

Del aluvion.

157. Llámase aluvion el acrecentamiento que un rio da sucesivamente á un campo, por medio de las tierras que ha acarreado de un modo imperceptible. *Alluvio est incrementum latens quod agro ita adjicitur, ut non possit intelligi quantum quoquo temporis momento adjiciatur; Instit. tit. de rer. div.* § 20.

Segun los principios del derecho natural y del derecho romano, esas tierras á medida que el rio las amontona y une á mi campo, proviniendo de partes de mi campo con el cual no forman sino un solo y mismo todo, adquiero de las mismas el dominio por derecho de accesion, *vi ac potestate rei meæ*. Esto es lo que enseña Gayo: *Quod per alluvionem agro nostro flumen adjecit, jure gentium nobis acquiritur; l. 7. § 1, de acq. rer. dom.*

Los propietarios de los campos de donde el rio ha desprendido esas tierras para amontonarlas y unir-

las á mi campo, no pueden reclamarlas, porque esto se verifica de un modo imperceptible (1).

158. No así sucederia si el rio, *uno impetu*, hubiese traido sobre la extension de mi campo todo de una vez una parte considerable del campo de mi vecino: esta parte, pudiéndose reconocer, mi vecino conservaria el derecho de propiedad de la misma que tenia antes que hubiese sido desprendida del resto de su campo: *Si vis fluminis partem aliquam ex tuo detraxit, ut meo prædio attulerit, palám est eam tuam permanere, d, l. 7. § 2.*

A menos que por largo tiempo, este pedazo desprendido de vuestro campo no se hubiese unido de tal suerte al mio que solo pareciese formar uno solo. *Plané*, añade Gayo, *si longiere tempore fundo meo hæserit, arboresque quas secum traxerit in fundum meum radices egerint, ex eo témpore videtur fundo meo acquisita; d.* § 2.

159. Por nuestro derecho francés, los aluviones que se hacen sobre las orillas de los rios y de los rios navegables pertenecen al rey. Los propietarios de heredades confinantes nada pueden pretender, á menos que no gocen de los títulos de la concesion que el rey les ha otorgado del derecho de aluvion sobre sus heredades.

En cuanto á los aluviones que pudieran formarse á lo largo de las orillas de un rio no navegable, cuya profundidad pertenece á los propietarios de heredades colindantes, debe seguirse la disposicion marcada por el derecho romano. Los aluviones ocasionados por el mar á las heredades colindantes de la mis-

(1) Ley 26, tit. 28, part. 3.ª Código civil francés, art. 556. La Ley Romana dice: La instituta lib. 2.º, tit. 1.º, párrafo 20. *Quod per alluvionen agrò tuo flumen adjecit, jure gentium tibi adquiritur. Est autem alluvio incrementum latens.* Código argentino art. 67, tit. 5.º, libro 3.º, Código de Guatemala art. 605, Código de Méjico, art. 895.

ma, pertenecen igualmente por derecho de accesion á los propietarios de dichas heredades, los cuales pueden formar diques para conservárselas (1).

SEGUNDO EJEMPLO.

De las islas que se forman en los rios; y del abandono de madre de un rio.

160. Los propietarios de heredades colindantes á un rio, adquieren segun el derecho romano en virtud de cierta especie de derecho de accesion, proporcionalmente al derecho de cada uno, el dominio de las islas que se forman en el rio, é igualmente el dominio de la madre del rio, cuando éste la ha abandonado para tomar otro curso.

Las heredades de esos ribereños, teniendo al lado del rio una extension ilimitada, que no tiene otros límites que el rio, y que comprende igualmente las orillas y todo lo que no estaba ocupado por dicho rio; la madre del rio cuando este cesa de ocuparla es considerada como parte de esas heredades, y por consiguiente como acrecentamiento. Igual puede decirse de las islas que se forman en el rio no siendo otra cosa que una parte de madre del rio que este ha dejado de ocupar.

(1) La Instituta dice: *Pro modo latitudinis cujusque fundi, quæ latitudo prope ripam sit. (De rer. divis.)* El Código de la República argentina dispone que cuando se forme un terreno de aluvion á lo largo de muchas heredades, la division se hace entre los propietarios que pueden tener derecho á ella, en proporcion del ancho que cada una de las heredades presente sobre el antiguo rio. En el Código de Chile se establece que siempre que prolongadas las antedichas líneas de demarcacion (de las heredades,) se corten una á otra antes de llegar al agua, el triángulo formado por ellas y por el borde del agua, accederá á las dos heredades laterales. Una línea recta que las divida en dos partes iguales, tirada desde el punto de interseccion hasta el agua, será la línea divisoria entre las dos heredades. (Ley de aguas de 1880.)

161. Por nuestro derecho francés, los rios no navegables y navegables pertenecen al rey. Las islas que en los mismos se forman, como tambien la madre que han abandonado para tomar su curso por otra parte, pertenecen al rey; los propietarios de heredades colindantes nada pueden pretender á menos que no gocen de los títulos de concesion del rey.

162. Obsérvese que las islas que por el derecho romano pertenecen por accesion á los propietarios de heredades colindantes al rio, y que por nuestro derecho francés pertenecen al rey, son aquellas que se han formado en el puesto que ocupaba la madre del rio; pero si un brazo de éste, habiéndose separado de la madre, hubiese tomado su curso al rededor de cierto campo de un particular y hubiese, por este motivo, formado una isla, este campo despues que el rio lo ha rodeado siendo siempre el mismo campo, continúa perteneciendo á aquel que sea el propietario. Esto mismo demuestra Pomponius: *Tribus modis insula in flumine fit; uno quum agrum qui alvei non fuit, amnis circumfluit; altero quum locum qui alvei esset, siccum relinquit et circumfluere cœpit; tertio quum paulatim colluendo locum eminentem suprá alveum fecit, et cum alluendo auxit; duobus posterioribus modis privata insula fit ejus cujus ager propior fuerit, quum primum extitit.* (Et por nuestro derecho pertenece al rey en estos dos casos);..... *Primo autem modo causa proprietatis non mutatur*; *l.* 30, § 2, ff. *de acq. rer. dom. Ejus est ager, cujus et fuit; l.* 7, § 4, ff. *d. tit.*

163. Existe una cuarta especie de islas que se llaman islas flotantes, cuando se forman sobre el

agua sin ser adheridas á la madre del rio: *Qui virgultis aut alia qualilibet materia ita sustinetur in flumine, ut solum ejus non tangat, atque ipsa movetur; l.* 65, § 2. ff. *de acq. rer. dom.*

Esas islas eran por el derecho romano públicas como los mismos rios; d. l. 2 et § 4.; y por nuestro derecho pertenecen al rey al igual que el rio.

164. Con respecto á los rios no navegables, cuando los propietarios de heredades colindantes son cada uno proporcionalmente á su derecho, propietarios del rio, deben de igual modo serlo en la misma proporcion de las islas que en el mismo se han formado, y de la madre cuando la ha abandonado para tomar su curso por otra parte.

TERCER EJEMPLO.

165. Cuando las lluvias arrastran consigo la parte mas fértil de la tierra de campos elevados, y la llevan en campos bajos en donde esta parte de tierra queda y se incorpora á los referidos campos, la susodicha parte de tierra que así se incorpora al campo situado mas abajo con el que forma un mismo todo y una misma cosa, llegando á formar de este modo parte accesoria del mismo campo, el dominio de esta parte de tierra lo adquiere por derecho de accesion, *vi ac potestate rei suæ*, el propietario del campo de que se trata.

CUARTO EJEMPLO.

166. Cuando los palomos de palomares vecinos vuelan para venirse á establecer en el mio, adquiero el dominio de los mismos por derecho de accesion.

Para comprender bien este derecho de accesion, hay que observar que nuestros palomos, siendo animales *feræ naturæ*, que están en estado de libertad, *in laxitate naturali*, no somos propiamente ni propietarios ni posesores *per se* de estos palomos; lo somos tan solamente cuando se les considera como formando parte de nuestro palomar en el que se han establecido; porque, cuando esos animales se han refugiado en un palomar son considerados, mientras conserven la costumbre de ir y venir del mismo, no formar con el cuerpo del palomar sino una sola y misma cosa, esto es, un palomar poblado de palomos y formar en junto un solo y mismo todo, del cual el cuerpo del palomar es la parte principal y los palomos que lo pueblan las partes accesorias.

Porque cuando los palomos vienen á recogerse en mi palomar, estos llegando á ser por este hecho partes accesorias del mismo, adquiero por derecho de accesion el dominio *vi ac potestate rei meæ*. El propietario del palomar vecino del que se han fugado no puede reclamarlos, porque no era ni posesor ni propietario de los palomos; solo lo era mientras que los palomos formaban parte de su palomar, y en tanto conservaban la costumbre de ir y venir del palomar; perdida esta costumbre cesan de formar parte del mismo y pertenecen al propietario del palomar donde se han recogido (1).

167. Podemos, en verdad, adquirir legítimamente los palomos que se escapan de palomares vecinos, para recogerse en los nuestros; pero no está permitido valerse de ningun artificio para atraerlos. Porque si el propietario ó arrendatario de un palomar hubiese colgado en el suyo un bacalao viejo ó

(1) Código de la República argentina, art. 87, tit. 5.º, libro 3.º, Código francés art. 564.

alguna otra cosa para atraer los palomos de palomares vecinos, los propietarios de estos, tendrian contra el otro la accion de dolo ó *infactum*, por los daños y perjuicios resultantes de haber, por medio de este artificio, despoblado sus palomares.

168. Lo que acabamos de decir referente á los palomos que se fugan de sus palomares para recogerse en otros, puede igualmente aplicarse á los conejos que pasan de unas guaridas á otras, y de los peces que pasan de un estanque á otro contiguo: adquieren del mismo modo por derecho de accesion esos conejos y esos peces, *non per se*, sino en tanto que se consideran como formar parte de mi guarida y de mi estanque.

ARTÍCULO III.

Del derecho de accesion que resulta cuando las cosas han sido unidas á la mia por algun hecho del hombre.

169. Cuando por un hecho mio ó por el de otra persona, una ó varias cosas han sido unidas á la mia de manera que solo formen una sola y misma cosa y un solo y mismo todo, de los que mi cosa sea la parte principal, y de los que las demás formen las partes accesorias, adquiero por derecho de accesion, *vi ac potestate rei meæ*, el dominio de las cosas accesorias.

Cuando dos ó mas cosas pertenecientes á diferentes personas, han sido unidas de modo que juntas formen un solo todo, para saber cual de ellas debe tenerse por principal de las demás, es necesario dictar reglas para distinguir cual es la parte principal

del todo que las mismas componen, y cuales son las que vienen á formar las partes accesorias. Esto mismo veremos en un primer párrafo. En un segundo veremos cual es la naturaleza del dominio que adquiero de una cosa en virtud de su union con la mia, y la accion *ad exhibendum* que tiene aquel á quien la misma pertenece; y en un tercero, cuál es la especie de union que da lugar al derecho de accesion.

§ I. *Reglas para conocer cuál es la cosa que, en un todo compuesto de muchas cosas, forma la parte principal, y las que son solamente accesorias del mismo.*

REGLA PRIMERA.

170. Cuando de dos cosas que componen un todo, la una no puede subsistir sin la otra, y la otra puede subsistir separadamente, la que puede subsistir separadamente es considerada como parte principal, y la otra como accesoria; *Necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest*, *l.* 23, § 3, ff. *de rei vind.* (1).

Puede citarse, como primer ejemplo de esta regla, el caso en que alguno hubiese construido un edificio sobre un solar de mi propiedad. El edificio y mi solar forman un solo todo del que mi solar es la parte principal, y el edificio la parte accesoria; porque el solar puede subsistir sin el edificio, y al contrario el edificio no puede subsistir sin el solar

(1) Leyes 38 y 43, tit. 28, part. 3.ª, Leyes 28, tit. 5.º, part. 7.ª y 16, tit. 2, part. 3.ª, Instituta, lib. 2.º, tit. 1.º, párrafo 29 y 32 Código civil francés, arts. 52 y 54. El Digesto dice: *Ne aspectus urbis ruinis deformitur, vel edificia sub hoc praetextu derivantur, ne increarun vinearum cultura turbetur*. Ley 1.ª, *Digesto de Tigno juncto*. Código de Guatemala art. 593. Idem de Méjico 895, Código de la República argentina, art. 82, tit. 5.º, lib. 3.º

sobre el que se ha levantado. Por cuya razon el dominio que yo tengo de mi solar me hace adquirir por derecho de accesion, *vi ac potestate rei meæ*, el edificio que ha sido construido, esto mismo dice Gaius: *Si quis in alieno solo sua materia ædificaverit, illius fit ædificium cujus et solum est: l.* 7, § 12, ff. *de acq. rer. dom.*

Igual puede decirse en caso contrario. Cuando yo he construido sobre mi terreno un edificio con materiales ajenos, el dominio de mi terreno me hace adquirir por derecho de accesion, *vi ac potestate rei meæ*, el de todos los materiales empleados, como cosas que son necesarias: *Quin aliquis in suo loco aliena materia ædificaverit, ipse dominus intelligitur ædificii; d. l.* 7. § 10. Y es regla general, que el dominio del edificio sigue siempre al del terreno sobre el cual está edificado: *Omne quod inædificatur solo cedit; d. l.* 7. § 10.

Sobre esto, si el propietario del terreno que adquiere, por derecho de accesion, el dominio del edificio que en el mismo ha construido debe reembolsar el coste al que lo ha edificado, véase mas abajo en la segunda parte de nuestro tratado las distinciones que sobre esta cuestion deben hacerse.

171. Un segundo ejemplo de la regla es la plantacion. Cuando alguien ha plantado árboles ó cepas sobre terreno de otro estos árboles ó cepas, tan pronto que hayan echado raiz, forman un solo y mismo todo con el terreno sobre el cual se ha verificado la plantacion: este terreno pudiendo subsistir sin los árboles ó viña y estos árboles ó viña no pudiendo al contrario subsistir sin el terreno, este será la parte principal cuyo dominio atrae por derecho de accesion al que es propietario, haciéndole adquirir el de los árboles y viñedos que son las partes accesorias.

En el caso inverso sucede lo propio. Cuando yo planto en mi hacienda cepas ú otros árboles que no me pertenecen, tan pronto como han echado raiz, el dominio que yo tengo de mi heredad en donde han sido plantados, me hace adquirir el dominio por el derecho de accesion, *vi ac potestate rei meæ*, como cosas accesorias de la misma: *Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit, ex diverso si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit, si modo utroque casu radices exerit: l.* 8. ff. *de acq. rer. dom.*

172. La siembra forma un tercer ejemplo. Tanto si yo siembro mi campo con semilla que no me pertenezca, como si siembro el campo de otro con semilla mia, esta pertenece al propietario de la tierra, con obligacion de satisfacer el precio: *Quá ratione plantæ quæ terræ coalescunt solo cedunt, eádem ratione frumenta quoque quæ sata sunt solo cedere intelliguntur. l. q. ff. d. tit.*

173. La regla que acabamos de exponer, sufre escepcion en el caso de que la cosa que puede subsistir separadamente es cuasi de ningun valor, en comparacion del precio de la otra. En este caso la cosa de mayor valor, aunque no pueda subsistir sin la otra y que esta, al contrario pudiera subsistir sin aquella, no deja de ser mirada como la parte principal del todo que las cosas componen, la cual debe atraer para si el dominio de la otra.

Justiniano admitia esta escepcion en la pintura, *propter excellentiam artis*; y decide en consecuencia en sus instituciones, de conformidad con la opinion de Gaius, que cuando un pintor hubiese hecho un esmerado trabajo de pintura sobre un lienzo que no le perteneciera, aunque su pintura no pudiera subsistir sin el indicado lienzo y que

éste pudiera subsistir sin la pintura con todo esta, debia ser considerada como cosa principal en el cuadro, antes que el lienzo, y que en consecuencia el pintor adquiria por derecho de accesion, el dominio del lienzo, como una cosa accesoria de la pintura, con obligacion empero de pagar el precio del indicado lienzo, á aquel á quien hubiese pertenecido: *Ridiculum est enim*, dice Justiniano, *picturam Apellis vel Parrhasi in accessionem vilissimæ tabulæ cedere; Institut. de rer. div.* § 34.

Esta escepcion solo era admitida en el derecho romano tratándose de la pintura, *propter excellentiam artis*. Se resolvia con esto que si alguno hubiese escrito sobre un papel ageno un poema ó una historia, por mas aventajada que fuese la obra que hubiese escrito, y por mas de mérito que fuese el carácter de letra, el papel, pudiendo subsistir sin lo que hubiese sido escrito sobre el mismo, debia considerarse como cosa principal en el manuscrito y por consiguiente pertenecer al propietario del papel el dominio de todo lo que hubiese sido escrito, con la obligacion de reembolsar al escribiente el precio de lo escrito. *Litteræ licet auræ sint, perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea quæ ædificantur aut seruntur ¡ideoque si in chartis membranisve tuis carmen, vel historiam, vel orationem scripsero, hujus corporis non ego, sed tu dominus esse intelligeris! l. q.* § 1. ff. *de acq. rer. dom* (1).

El apego excesivo y demasiado escrupuloso de los jurisconsultos romanos á este principio, *necesse*

(1) Las leyes de Partida (36 y 37 tít. 38 Part. 3) siguiendo lo dispuesto en las leyes romanas consideran como cosa principal el papel ó pergamino y como accesorio lo escrito, pero en la *pintura* la tabla ó lienzo es lo accesorio. Código civil francés, art. 567.

est ei rei cedi quod sine illa esse non potest, l. 23. § 3. ff. *de rei vindic.*, los ha llevado á esta decision ridícula que nosotros no debemos seguir en nuestro derecho francés. Debemos al contrario resolver que el papel siendo una cosa de ninguna importancia en comparacion de lo que en el mismo está escrito, la cosa escrita es la que debe tenerse como principal en el cuerpo del manuscrito y la que debe atraer, por derecho de accesion, al que la ha escrito el dominio del papel, obligándose á pagar el precio de este á aquel á quien pertenece, de conformidad á la escepcion que hemos referido al principio, la cual debe tener lugar en todos los demas casos parecidos.

REGLA SEGUNDA.

Cuando dos cosas pertenecientes á diferentes dueños y cuya union forman un todo, cada una puede subsistir sin la otra; aquella es la parte principal para el uso, ornamentos, ó complemento de la otra que le ha sido unida.

174. Pueden citarse una infinidad de ejemplos de esta regla.

Primer ejemplo. Háse montado una piedra en oro para hacer un anillo: en este anillo la piedra viene á ser la cosa principal y cuyo dominio ocasiona al propietario el del oro con el que ha sido montada; puesto que no es por el oro que la piedra le ha sido unida; al contrario es por la piedra que el oro la ha sido unida, para mostrarla para engastarla, para formar un anillo.

Segundo ejemplo. Cuando se ha echado un marco á un cuadro, por magnífico que sea aquel aunque se hubiese enriquecido de pedrerías y fuese de

mayor precio que el cuadro, éste es el que forma la parte principal y cuyo dominio hace adquirir al propietario del cuadro el del marco; porque es evidente que el marco se ha hecho para el cuadro, y no el cuadro para el marco.

Tercer ejemplo. Se ha cosido sobre mi vestido un galon de oro ó bien se ha forrado ricamente. Aun cuando el precio de los galones ó del forro fuese mucho mas considerable que el del vestido, con todo éste es la cosa principal cuyo dominio atrae al propietario del vestido el de los galones y del forro que se han puesto: porque no es el vestido que se ha unido á los galones ó al forro; al contrario los galones ó el forro son los que han sido unidos al vestido por completarlo, para adornarlo, ó para forrarlo.

TERCERA REGLA.

Cuando dos cosas pertenecientes á diferentes dueños y cuya union forman un todo, cada una de ellas puede subsistir sin la otra, la que excede en volúmen de la otra, ó en valor, si hay igualdad de volúmen, debe pasar por cosa principal, cuyo dominio atrae el de la otra.

175. Hallamos esta regla en la ley 27, § 2 ff. de adquir. *rer, dom, Quum partes duarum dominarum ferrumine cohæreant, hæ, quum quæreretur utri cedant, Cassius ait, pro portione rei æstimandum, vel pro pretio cujusque partis.*

CUARTA REGLA.

Cuando materias no labradas, pertenecientes á diferentes dueños, han sido unidas á una sola masa, la una no atrae á la otra, y cada uno de los propietarios de las materias que forman esta masa, es propietario de la misma por la parte que le corresponde.

176. *Quidquid infecto argento alieni argenti addideris, non esse tuum totum fatendum est; d. l. 27.*

§ II. *De la naturaleza del dominio que el derecho de accesion me hace adquirir de la cosa que se ha unido á la mia; y de la accion* ad exhibendum *que tiene aquel á quien ella pertenece.*

177. Cuando la cosa que, por su union con la mia sin soldadura, se ha vuelto accesoria, y se halla de tal manera unida que no es susceptible de separacion, el dominio que adquiero yo por derecho de accesion, *vi ac potestate rei meæ*, es un dominio verdadero y perpétuo. Tal es aquel que adquiero de la viña ó de los árboles que han sido plantados en mi campo, de la semilla de que ha sido sembrado, de lo que ha sido en el mismo edificado, etc.

Pero cuando la cosa que por su union con la mia, ha llegado á ser parte accesoria, de la que adquiero el dominio por derecho de accesion, es separable y que debe ser separada cuando aquel á quien pertenece la reclamara ó exigiera la separacion, en este caso el dominio que adquiero de esta cosa es un dominio momentáneo que solo debe durar mientras que esta cosa permanezca unida á la mia y se reduce á una sutileza de derecho; y por una sutileza de derecho tambien es que aquel á quien esta cosa pertenecia antes de su union con la mia es considerado como desposeido del dominio; esto tiene su único fundamento en que la cosa mientras que permanece unida á la mia, con la

que forma un solo todo no existiendo mas que como parte de éste y no teniendo mas que una existencia separada del mismo, no puede tenerse un dominio separado. Solo yo que tengo el dominio del todo en el cual se halla encerrada, puedo ser considerado como propietario del dominio; pero tan pronto que esta cosa se haya dividido y separado de la mia, el dominio que habia adquirido por derecho de accesion, desaparece; y aquel á quien pertenecia antes de la union, recobra con pleno derecho el dominio; y aun si mientras que ella permanece unida á la mia, no tiene el dominio de la misma, en atencion á la sutileza del derecho, de manera que no pueda en consecuencia demandármela en virtud de la accion de reivindicacion, lo conserva sin embargo de cierto modo, *effectu*, en virtud de la accion *ad exhibendum* que tiene contra mi para que se me obliga á desunir esta cosa de la mia y á devolvérsela: *Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro, vindicari non potest ¡sed ut excludatur ad exhibendum agi potest!* *l.* 6. ff. *ad exhib.*

178. La Ley de las Doce Tablas señalaba en un caso, una escepcion referente al derecho que tiene aquel á quien pertenecia la cosa unida á la mia, pidiendo la separacion ; se refiere al caso en que hubiera empleado, por ejemplo, en mi edificio algunos materiales que no me pertenecieran. La Ley no me permitia que se me obligare á separarlos, del edificio *Tignum alienum ædibus junctum ne solvito:* pero en cambio, queria que fuera obligado á restituir el doble del precio de los materiales, á aquel á quien pertenecian. Mas si antes de restituírselo un edificio se demoliere, recobraba el dominio de esos materiales que se hallaban separados. Eso mismo

nos enseña Gayo: *Quum in suo loco aliena materia ædificaverit ipse dominus intelligetur ædificii, quia omne quod inædificatur solo cedit: nec tamen ideo is qui materiæ dominus fuit, desiit ejus dominus esse; tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea agere, propter legem, Duodecim Tabularum, qua cavetur ne quis tignum ædibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet. Appelatione autem tigni omnes materiæ significantur ex quibus ædificia fiunt. Ergo si ex aliqua causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere; l.* § 10, ff. *de acq. rer. dom.*

En nuestro derecho francés adoptamos esta decision de la ley de las Doce Tablas, salvo la pena del doble que no está en uso. Segun nuestro derecho se condena á aquel que ha empleado en su edificio materiales que no le pertenecian á pagar á aquel á quien pertenecian su precio segun la valuacion que debe practicarse por péritos.

179. Lo que queda resuelto por el caso en que he empleado materiales agenos para la construccion de mi edificio, debe extenderse á todos los demás casos en que la cosa que ha sido unida á la mia no pueda ser separada sin menoscabarla en gran parte. Cuando aquel que tiene la cosa transfiere la accion contra mí al objeto de que se me obligue á desunirla y devolverla, el juez, sobre todo cuando las cosas se han transferido de buena fé, debe admitir sobre esta demanda las promesas que hago de pagarle el precio y absolverme en consecuencia de la demanda.

Por ejemplo en el caso en que hubiese yo dado á un sastre ropa y galones para confeccionar un vestido, el sastre que tiene en su bazar un gran núme-

ro de trajes galoneados por hacer para diferentes personas, se ha equivocado de galones, y ha cosido en mi traje galones pertenecientes á otra persona mas anchos y mejores que los mios; si aquel á quien pertenecen los galones pide que se les devuelva, como no es posible descoserlos sin echar á perder mi vestido, tengo yo derecho á que él acepte el precio.

Cuando la cosa agena que he unido á la mia es de naturaleza fungible que se sustituye perfectamente por otra de la misma especie, en este caso no cabe dificultad alguna que yo no puedo estar obligado á devolver al tenedor de la misma cosa precisamente *in individuo* que he unido á la mia. Por ejemplo, si he montado una piedra preciosa con oro ageno, basta que devuelva á aquel á quien pertenece igual cantidad de oro á igual título.

§ III. *Cual es la especie de union que da lugar al derecho de accesion.*

180. Tiene lugar en el derecho de accesion cuando dos ó más cosas pertenecientes á diferentes dueños forman, por su union, un cuerpo compuesto de partes coherentes, el dominio de aquella que viene á ser en este cuerpo la parte principal hace adquirir, por derecho de accesion, al que es su propietario el dominio de las demás que forman las partes accesorias, á semejanza de los diferentes ejemplos que han sido citados en los párrafos precedentes. No sucede lo mismo, cuando muchas cosas pertenecientes á diferentes dueños están unidas en un cuerpo compuesto de partes que juntas no son coherentes, tal como un rebaño: en este caso no hay lugar á ningun caso de accesion, y cada uno con-

serva un dominio separado de los animales que componen el ganado. Esta es la distincion que hace el jurisconsulto Paulo: *In his corporibus quæ ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propiam speciem, ut singuli homines singulæ oves, ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit inmixtus; sed et te arietem vindicare posse; quod non idem cohærentibus corporis eveniret: nam si statuæ meæ brachium alienæ statuæ addideris non posse dici brachium tuum esse; quia tota statua uno spiritu continetur, l.* 23 § 5, *V.° at in his* ff. *de rer. vindic.*

ARTÍCULO IV.

De la especificcion y de la confusion.

§ I. *De la especificacion.*

181. Llámase especificacion cuando alguno ha formado y dado el sér á una nueva substancia con materia agena.

Esto se verifica, ó de modo que la materia que se ha empleado no pueda volver á tomar su primitiva forma, como cuando alguno ha fabricado una pieza de paño con mi lana, ó de manera que no pueda volver á tomar su forma primitiva, como cuando un platero habiendo comprado de buena fé á una tercera persona una barra de plata que me pertenecia la ha convertido en vajilla; mi barra de plata no se ha destruido de tal manera que no pueda recobrar su primera forma de barra con poner en el crisol la vajilla que se ha hecho.

182. Las dos sectas de las escuelas de jurisconsultos romanos han sido de opinion del todo opues-

ta sobre la cuestion de saber, si la nueva substancia que alguno ha formado de materia agena, debia pertenecer al que la habia formado ó bien si correspondia al propietario de la misma.

Los Sabinianos sostenian que tanto si la materia empleada para formar la cosa pudo recobrar su primera forma, como si no pudo recobrarla, la cosa no era tanto una nueva sustancia como una nueva modificacion de la materia; que solo era un accesorio de la materia que debia por consiguiente pertenecer al propietario de la misma.

Al contrario, los proculianos, imbuidos de principios de la filosofía estoica, uno de los cuales era *Forma dat esse rei*, es decir que la forma sustancial de cada cosa constituia la esencia y que la materia de que se habia formado solo era tenida por accesorio; sostenian, segun estos principios, que aquel que habia formado una cosa con materiales agenos era tenido como propietario por haberle dado el sér, tanto si la materia que hubiese sido formada pudo recobrar su primera forma como si no pudo recobrarla.

Esto es lo que nos enseña Gayo que nos refiere las diferentes opiniones de las dos escuelas: *Quum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Herva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est antea nullius fuerit. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant ut qui materiæ Dominus fuerit, idem ejus quoque quod ex ea materia factum sit dominus esset, quia sine materia nulla species esse possit, veluti si ex auro vel argento, vel œre vas aliquod fecero, vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fecero, vel ex lana tua vestimentum, vel ex vino et melle tuo mulsum, vel ex medicamentis tuis*

empiastum aut collyrium, vel ex uvis aut oleis aut spicis tuis vinum, vel oleum, vel frumentum, l. 7. § 7. ff. *de acq. rer. dom.*

183. Gayo observa muy bien que el ejemplo del trigo sacado de las espigas ha sido inoportunamente citado. Antes que hubiese yo fabricado vino ó aceite con racimos ó aceitunas de otro, ninguna cosa habia que existiese bajo esta forma de aceite ó de vino: luego yo soy el autor. Pero los granos de trigo que he sacado de las espigas, existian ya bajo la forma de granos de trigo antes de ser trillado: no es que yo haya formado estos granos de trigo, solamente los he sacado de las espigas en donde estaban encerrados. No deben pues pertenecerme, ni aun ateniéndonos al sistema de los proculianos; debe continuar perteneciendo al que los tenia cuando estaban pendientes de la espiga: *Quum gramequæ spicis continentur perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit eam sed quæ et delegit;* d. § 7.

Gayo hubiera debido decir otro tanto del vino salido de mis racimos y del aceite nacido tambien de mis aceitunas, porque aquel que ha prensado mis racimos ó mis aceitunas no ha hecho otra cosa que exprimir el vino ó aceite que estaban contenidos y desprenderlos de sus respectivos zurrones.

184. Para que el dueño de la materia perdiera el dominio, aun tratándose del sistema de los Proculianos, seria necesario que perdiera su forma sustancial y principal para tomar otra. Pero cuando una cosa conservando siempre su forma principal y substancial, recibiera solamente de alguna la adicion de alguna forma accidental como si un tintorero diese á mi lana un colorido de púrpura que no tenia, conservo yo el dominio de la lana porque

aun cuando esté teñida de púrpura, es siempre de la lana, conserva perfectamente su forma de lana que es la forma principal y substancial, el color de púrpura que le ha sido dado, solo es un color adventicio y accidental. Esto es lo que enseña Labeon que era el jefe de la escuela de los proculianos: *Si meam lanam feceris purpurani nihilominus meam esse Labeo ait quia nihil interest inter purpuram, etiam lanam quæ in lutum aut cænsum cecidisse atque ita pristinum colorem perdidisset* l. 26. § 3, ff. *de acq. rer. dom.*

185. Obsérvese que no hay lugar á la cuestion que dividia las dos escuelas, sino cuando por mí y en mi nombre he hecho una cosa con materiales agenos sin consentimiento: porque si yo he hecho esta cosa en nombre y para aquel á quien pertenece la materia, no cabe duda de cualquiera de los dos sistemas que se trate que á él debe pertenecer la cosa; porque haciéndola para él y en su nombre, es como si él mismo la hubiese hecho: yo no hago mas que prestarle mis brazos y mi ministerio.

Igualmente, cuando yo he hecho por mí y en mi nombre una cosa con material ageno, pero con el consentimiento de aquel á quien pertenece, que ha tenido á bien proporcionarme al efecto la materia, no cabe duda tampoco, en este caso que la cosa debe pertenecerme segun cualquiera de los dos sistemas. Precisamente por esto Callistrat, despues de haber citado la doctrina de los sabinios, los cuales, en el caso en que alguno haya hecho para sí y en su nombre una cosa con materia que no le pertenecia, dando el dominio de la cosa al dueño de la misma materia, de la que ha sido formada, con preferencia á aquel que la ha formado, hace constar desde luego la siguiente escepcion: *Nisi voluntate*

(materia) alterius nomine id factum sit propter consensum enim domini, tota res ejus fit cujus nomine facta est; l. 25, ff. *de acq. rer. dom.*

186. Algunos jurisconsultos sostenian una tercera opinion: distinguian el caso en que, formando una cosa con materia que no me perteneciera, hubiese yo de tal modo destruido la primera forma de esta materia, que no pudiera volverla á recobrar, del caso en que habia posibilidad de recobrarla.

Segun el primer caso, como cuando hubiese empleado de buena fé vino y miel agenos, que yo creia eran mios, para fabricar hipocras, ó como cuando hubiese yo compuesto con la misma buena fé un ungüento con composiciones agenas, este hipocras, este ungüento, siendo nuevas sustancias, y no simples modificaciones de las materias que he empleado, las cuales quedan enteramente destruidas y no pueden recobrar su primitiva forma; esas nuevas sustancias solo pueden pertenecerme á mí por haberlas dado el sér: los materiales agenos con las que yo las he compuesto habiendo quedado destruidos completamente y no existiendo ya, á nadie compete pedir mas que el precio, ó en su lugar otra cantidad igual.

Segun el segundo caso, cuando se hace una cosa con materia agena, no hubiese destruido yo la primera forma, de modo que pudiera recobrarla, como cuando hubiese yo hecho un jarro de plata con una barra agena, en este caso resuelven que la barra aunque la hubiese dado la forma de jarro de plata, pudiendo recobrar su primitiva forma de barra echando en el crisol el jarro de plata, esta barra aunque convertida en jarro de plata, no ha cesado de existir y su dueño conserva el dominio, el cual, por derecho de accesion y segun el sistema de los sabinios le hacian adquirir la forma de jarro de

plata que le habia dado, que no debia en este caso ser considerada mas que como una forma accidental y accesoria de la materia.

Es lo que nos demuestra Gayo: *Est media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse quod et Sabinus et Cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse quod Hervae et Proculo placuit: ut ecce vas conflatum ad nudam massam auri vel argenti, vel æris reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad mel et vinum vel emplastum aut collyria ad medicamenta reverti possunt;* l. 7, § 7. ff. *de acq. rer. dom.*

Obsérvese que Gayo ha comprendido indebidamente entre los ejemplos del caso en que alguno haya formado una nueva substancia con materiales agenos, los del vino ó del aceite que se han hecho de mis racimos ó de mis aceitunas; porque el vino ó el aceite que se han exprimido existian y estaban encerrados dentro de mis racimos ó de mis aceitunas; no es pues una nueva sustancia á la que ha dado el sér, no ha hecho otra cosa que exprimirlos de mis racimos y de mis aceitunas, al separarlos de mis zurrones que los contenia; esto no es, pues, propiamente especificacion; y no cabe duda que si alguno habiendo hallado mi cosecha, sea de racimos, sea de aceitunas, la cual equivocadamente ha tomado por suya, la ha puesto en prensa, produciendo vino ó aceite, el vino ó aceite que me pertenecian durante su permanencia en mis racimos ó en mis aceitunas, deben continuar perteneciéndome pagando los gastos de prensadura.

187. Justiniano participa de la tercera de estas opiniones en sus Instituciones, tít. de rer. divis. § 25.

En esta tercera opinion que Justiniano ha abrazado, la misma distincion que se hace en el caso en

que alguno haya hecho del todo una cosa con materia propia, tiene igualmente lugar en el caso en que la haya hecho, parte con materia suya y parte con la mia. Si para hacer esta cosa, ha destruido su materia y tambien la mia, de manera que no pueden recobrar su primitiva forma, la cosa que ha formado de estas materias, le corresponde en un todo: pero si mi materia y la suya, que ha empleado para formar la cosa no se ha destruido completamente, aun cuando fuesen de tal modo unidas que con dificultad pudieran separarse, la cosa debe pertenecer á los dos en comun, proporcionalmente á la materia que cada uno ha empleado. *Pomponius scribit, si ex melle meo et vino tuo factum sit mulsum, quosdam (sabinianos scilicet) existimasse id communicari: sed puto verius, ut et ipse significat ejus potius esse qui fecit quoniam suam speciem pristinam non continet, sed si plumbum cum argento fuerit, pro parte esse vindicandum, nequam quam erit dicendum quod in multo dictum est, quia utraque materia, etsi confusa, manet tamen;* l. 5, § 1. ff. *de rei vindic.*

188. Esta tercera opinion que Justiniano ha abrazado, parece efectivamente la mas justa, y debe adoptarse, pero de manera que pueda uno dejar al arbitrio del Juez el separarse de la misma; segun las diferentes circunstancias. Por ejemplo, un platero ha comprado de buena fé á una persona conocida ciertas barras de plata que se me habian robado, y con estas barras ha realizado un primoroso trabajo de platería. Aunque mis barras, con las cuales se ha efectuado el trabajo en cuestion, no hayan quedado de tal modo destruidas que no puedan recobrar su primitiva forma, con todo, no tengo derecho á reivindicar el trabajo hecho con mis barras ofreciendo solamente pagar el precio de la

composicion de una vagilla ordinaria, pero el platero viene obligado á quedarse con el trabajo devolviéndome otra contidad de plata de igual peso y calidad: las barras siendo de la naturaleza de cosas fungibles que facilmente se sustituyen por otras, devolviéndome estas equivale á devolverme mis barras.

189. De otro lado, supongo yo, que tenia ciertos ingredientes muy raros, que procedian de América, con los cuales yo me proponia hacer un excelente medicamento; me los han robado y sido llevados á un farmacéutico, el cual los ha comprado de buena fé, y con los mismos ha compuesto el mismo ungüento que yo me habia propuesto hacer. Aunque los ingredientes de los cuales se deriva el ungüento no puedan recobrar su primitiva forma; sin embargo, en este caso particular, como que forman el precio del indicado medicamento, porque el trabajo de composicion poco puede montar, soy de opinion que, contra la regla ordinaria, debe adjudicárseme el ungüento que ha sido hecho con mis composiciones; con la obligacion de pagar al farmacéutico el montante de su ,rabajo. El farmacéutico como que se le paga su t trabajo, no se le irroga ningun perjuicio: al contr ario, si el farmacéutico debiera retenerse el ungüento y pagarme el precio de mis ingredientes, el perjuicio que sufriria seria de importancia, porque además de que no seria fácil fijar el precio de los referidos mis ingredientes, no podria adquirir otros, cualquiera que fuera la suma dada.

§ II. *De la confusion.*

190. La confusion es tambien una manera de adquirir por derecho de accesion, *vi ac potestate rei suæ.*

Cuando una cosa se ha formado por la mezcla de muchas materias pertenecientes á diferentes propietarios, adquieren en comun la cosa formada por esa mezcla, y cada uno de ellos tiene una parte indivisa, en proporcion á lo que corresponde á cada uno de ellos en las materias de que la cosa ha sido formada.

Por ejemplo, si un medio moyo de vino blanco, de valor cincuenta libras, que me pertenecia, ha sido mezclado con otro medio moyo de vino negro perteneciente á otros, cuyo valor es de cien libras, el moyo de vino formado de esa mezcla nos pertenecerá en comun; á ellos por los dos tercios y á mi por un tercio.

Esto tiene lugar no solamente en el caso en que esa mezcla se efectua por voluntad de aquellos á quienes las materias pertenecen, en cuyo caso no puede ser dudoso que la cosa producida por esa mezcla les es comun: *voluntas duorum dominorum miscentium materias commune totum corpus efficit; l.* 7, § 8. ff. *de acquir. rer. dom.* (1).

Tiene lugar igualmente cuando esa mezcla se ha hecho fortuitamente y sin que los propietarios de materias tengan conocimiento de ello: *sed etsi* (prosigue Gayo) *sine voluntate dominorum casu*

(1) La ley 35 tit. 18, Part. 3 dispone que el que con buena ó mala fé juntare al vaso suyo el pié de otro ageno ó brazo ó miembro de imágen suya á lo ageno, sea de oro ó plata, siendo la soldadura de plomo, no adquiere su señorío; mas si fuere del mismo metal que el vaso ó imágen, y obra de buena fé, en concepto de ser suyo, lo gana, pagando el valor al otro. En caso de juntar con mala fé, á vaso ageno el pié suyo, perderá el señorío de este, sea de plomo ó metal la soldadura, por entenderse que quiso dárselo al otro: pero si lo hizo de buena fé, pensando ser el vaso suyo, el dueño de este no gana el señorío, y ha de dar el valor del pié, si quisiere que permanezca á su vaso; y no queriendolo retenerlo debe volverlo á su dueño. L. 26 y 27, tit. 1, lib. 41 Dig. El Código de Chile y el proyecto de Código civil de Guayana, art. 416, exijen espresamente que la union se haya hecho de buena fe.

confusæ sint duorum materiæ vel ejusdem generis, vel diversæ, idem juris est; d. l. § 9. Los dueños de esas materias adquieren, en ese caso, en comun la cosa formada de esa mezcla, cada uno á prorrata de su materia; y hace cada uno esta adquisicion por una especie de derecho de accesion, *vi ac potestate rei suæ.* El dominio que cada uno de ellos tiene de la materia que ha contribuido á la formacion de esta cosa, da á cada uno de ellos, *vi ac potestate suæ materiæ* una parte de esta cosa, por ser, en virtud de esta partida, una produccion de esta materia.

191. Podrá observarse una gran diferencia entre el caso en que la mezcla de la materia se hace fortuitamente y sin conocimiento de los dueños de las mismas, y aquel en que se hace mediante su consentimiento.

En este último caso adquieren en comun la cosa formada de esa mezcla, tanto si las materias de las que se ha formado no pueden separarse, como si pueden hacerlo. Pero en el primer caso, cuando la mezcla se ha hecho fortuitamente é ignorándolo los propietarios de esas materias, no adquieren en comun la cosa formada de esa mezcla, sino en el solo caso en que las materias de que se ha formado no puedan separarse mas: como cuando uno ha mezclado ciertos vinos pertenecientes á diferentes dueños, ó cuando se ha mezclado vino con miel: pero cuando las materias de las cuales la cosa ha sido formada, pueden separarse, por la mezcla que se ha verificado, no se llega de ningun modo á adquirir en comun la cosa que de la mezcla ha sido formada; cada uno de los dueños de las materias, conserva, en este caso, un dominio separado de la materia que existe en esta cosa; las materias de

que ha sido formada esta cosa las consideramos, en este caso como no destruidas por la mezcla llevada á cabo, y continuan no obstante la mezcla, subsistiendo tales como eran anteriormente. Esto mismo nos enseña Callistrad: *Si ære meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis; quia quum diversæ materiæ æs atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet; l. 12, § i, ff. de acq. rer. dom.*

192. Yo soy de opinion que seria mas equitativo y mas razonable decir, que cuando mi materia que por haberse mezclado con otra ha formado la cosa, la sobrepujase en mucho, no solamente en cantidad si que tambien en el precio, esta cosa debe pertenecerme, con la obligacion empero de entregar el precio de la cosa mezclada con la mia al dueño de la misma, ó si mejor le pareciera devolverle otro tanto de esta materia de igual peso y calidad.

De un modo igual opino que, en el caso en que la materia de uno de los propietarios fuese aproximadamente igual en cantidad y en precio á la del otro, si la separacion de estas materias, aunque posible, no pudiera con todo verificarse sin menoscabo, la demanda que uno de estos pudiera entablar para la separacion de las materias, quedaria desestimada, y despedido el demandante, si el otro propietario le ofreciera vender la cosa como comun, si es que no obtase porque la fuese devuelto el valor de la materia, ó en dinero ó en igual cantidad y de igual peso.

Los jurisconsultos romanos, al tratar de esta materia llevaron su sutileza hasta el punto de decir, que cuando dos montones de trigo, pertenecientes

á dos propietarios distintos, habian sido mezclados formando un solo monton, de modo que no hubiera posibilidad de separarlos, el monton no llegaba á ser comun en virtud de esa mezcla; á menos que hubiese mediado consentimiento de los propietarios; porque los granos de trigo, aunque mezclados, por el mero hecho de continuar existiendo en la misma substancia, y tales como existian antes, cada uno continuaba teniendo en el monton un dominio separado del trigo que en el mismo tenia; l. 5, ff. *de rei vind*. Esto es una pura sutileza. Cada uno no pudiendo separar el trigo que tiene en el monton del que el otro tiene, es necesario de todo punto declarar el monton comun entre ambos, en el que cada uno tiene una parte indivisa, en proporcion á la cantidad y calidad del trigo que en el mismo tienen. Por ejemplo si yo intereso por tres moyos, y que otro interese por dos cuyo precio sea igual al de los mios, el monton será comun entre ambos por mitad.

SECCION IV.

De la tradicion.

193. En las precedentes secciones hemos tratado de la ocupacion y de la accesion, que son los modos de adquirir, por el derecho natural, el dominio de las cosas que á nadie pertenecen, y á los cuales los doctores apellidan *modi acquirendi dominii originarii*. En esta trataremos de un tercer modo de adquirir el dominio, que es la tradicion, por la que se trasmite el dominio de una cosa de una

persona á otra, llamada por los doctores, *modus acquirendi dominii derivativus*.

Este modo de adquirir el dominio de las cosas se deriva del derecho natural, al igual que los precedentes: *Hæ quæque res quæ traditione nostræ fiunt, jure gentium nobis acquiruntur; nihil enim est tàm conveniens naturali æquitati quàm voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi;* l. q. § 3. ff. de *acq. rer. dom.*

En el primer artículo veremos que es lo que se entiende por tradicion y cuales son las diferentes especies de tradicion: en el 2.°, trataremos de las condiciones que se requieren para hacer traspasar el dominio á aquel á cuyo favor ha sido hecha la tradicion: y en el 3.° del efecto que nace de la tradicion.

ARTÍCULO PRIMERO.

Que se entiende por tradicion y cuales son sus diferentes especies.

194. La tradicion es la traslacion que hace una persona á otra, de la posesion de una cosa, *traditio est possessionis datio*. Distínguense muchas especies: la tradicion real, la tradicion simbólica, la tradicion *longæ manus*, la tradicion *brevi manus*. Por último hay tradiciones fingidas que resultan de ciertas cláusulas puestas en los contratos de donaciones, de ventas y otros actos parecidos (1).

(1) Leyes 46 y 47 tit. 28 Part. 3, Instit. § 40, 43 y 44 rer. dom. tit. 1 lib. 2.

§ I. *De la tradicion real.*

195. La tradicion real es aquella que se verifica por medio de una aprehension corporal de la cosa, hecha por persona competente ó por alguno en su nombre.

Cuando la cosa es un mueble corporal, la tradicion real se hace á una persona depositándola en sus manos, ó en las de otro que la reciba por ella de su órden. Por ejemplo si yo he comprado un libro en casa de un librero, este me hace la tradicion real de ese libro al entregármelo, ó bien al recibirlo alguno de mis criados que yo haya comisionado para ir por él (1).

196. Cuando la cosa es una heredad, la tradicion real se verifica cuando, por mi consentimiento la persona á quien yo entiendo hacer la tradicion real se constituye en la referida heredad, ó personalmente ó valiéndose de otra persona comisionada al efecto.

Cuando es una casa el vendedor me efectua la tradicion real desalojando los muebles que tenga y permitiendo que lleve yo los mios.

197. Cuando se trata de una cosa inherente á otra heredad de la que forma parte, que alguien me haya vendido ó dado; como si se me hubiese vendido ó dado una cantidad de piedra para practicar en ella cualquier escavacion, ó alguna corta de árboles; la tradicion real se verifica por la separacion que debe efectuarse de esta cosa de la tierra á que está unida, mediante el competente permiso, ad-

(1) L. 3 § 5 y 7; L. 6 § últ. D. adq. posse. tít. 2 lib. 41; L. 31 D. de adq. rer. dom. tít. 1 lib. 41.

quiriendo por esta tradicion el dominio tan pronto que la cosa ha sido separada de la indicada heredad: *Qui saxum mihi eximere de suo permisit donationis causâ, statim quum lapis exemptus est, meus fit, neque prohibendo me evehere efficit, ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est.... quasi enim traditio videtur facta quum eximitur domini voluntate. Quod in saxo est, idem erit etiamsi in arbore cæsa vel dempta acciderit; l.* 6. *ff. de acq, rer. dom.*

198. Para los efectos de la tradicion real no hay necesidad aun tratándose de una heredad, de otorgar escritura ninguna, ni que aquel que me hace la tradicion haga constar que me hace esta tradicion; basta que permita constituirme personalmente en la heredad ó valiéndome de otra persona en mi nombre, para ponerme en posesion: *licet instrumento non sit comprehensum quod tibi tradita sit possessio, ipsa tamen veritate id consecutus est, si, sciente venditore in possessione fuisti; l.* 2. *Cod. de acq, posses.*

Non idcirco minus emptio perfecta est quod..... instrumentum vacuæ possessionis inductum est; nam secundum consensum auctoris possessionem ingresus recte possidet; l. 12, *Cod. de contrah. empt.*

§ II. *De la tradicion simbólica.*

199. La tradicion simbólica es aquella por la cual se entrega en manos de la persona á quien se quiere hacer la tradicion de una cosa, no la cosa misma sino otra que la represente, y que pone á su disposicion la cosa cuya tradicion quiere hacerla (1).

(1) No puede haber tradicion simbólica de una cosa vendida, cuando antes del contrato no existia la misma en poder del vendedor. (Sentencia del Tribunal Supremo de justicia de 4 de mayo de 1860.)

Esta tradicion es equivalente á la tradicion real que consiste en entregar la misma cosa. Por ejemplo cuando uno ha hecho entrega á otro de las llaves de un almacen en el que se hallan depositadas las mercaderias que tengo que entregarle, para que pueda llevárselas libremente; se considera por esta tradicion de las llaves, haberle hecho entrega de las mismas mercancias: *Si quis merces in horreo repositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert propietatem mercium ad emptorem; l. 9. § 6. ff. de acq. rer. dom.*

Papinio queria que á fin de que esta tradicion de las llaves del almacen equivaliese á la tradicion de las mercancias existentes en el mismo, se hiciera *in re præsenti*, á la vista del almacen: *Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditæ sint; quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea; l. 74. ff. contrah. emp.*

Segun nuestro derecho, soy de opinion que á cualquier parte que se hayan remitido las llaves mientras que aquel á quien han de ser entregadas sepa donde existe el almacen, la tradicion de las mercaderias en el mismo depositadas se considera como perfeccionada.

200. La tradicion que el vendedor ó donador de una cosa hiciera de las llaves de la misma al comprador ó donatario, despues de sacados los muebles, me parece del propio modo ha de pasar por una tradicion simbólica de la cosa, que equivale á una tradicion real.

201. La tradicion de los títulos de una cosa es igualmente una tradicion simbólica que equivale á la tradicion real de la cosa: *emptionem mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis; l. 1. Cod. de donat.*

§ III. *De la tradicion* longæ manus.

202. La tradicion llamada *longæ manus* es aquella que tiene lugar sin concurrir ninguna prehension corporal de la cosa objeto de la tradicion, y que consiste en enseñar solo la cosa á aquel á quien quiere se haga la tradicion revistiéndole de la facultad de posesionarse de la misma.

Esta tradicion es equivalente á la tradicion real. Por ejemplo, cuando un comerciante de madera que me ha vendido una porcion considerable de leña que tiene en su corral, me da, al enseñármela, el permiso de llevármela cuando me plazca, este permiso que me ha dado al mostrármela, es considerado como una tradicion que me hace de esta porcion de leña: desde este momento empiezo á poseerla *oculis et affectu*, aun antes de que nadie haya tomado á su cargo el llevarla de mi parte. Por esta razon dice Paulo: *Non est corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu, et argumento esse eas res quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas: nam pro traditis eas haberi si in re præsenti consenserint;* l. 1, § 21, ff. *de acq posses.*

203. Faboleno hasta se atreve á decir que esta especie de tradicion tiene aplicacion aun tratándose de una suma de dinero ó cualquier otra cosa, cuando aquel que me la debe la exhibe y la deposita sobre la mesa: la tradicion, segun este jurisconsulto, desde este momento se me considera hecha, y desde entonces tambien estoy poseyendo la cosa sin

necesidad de haberla antes tocado: *Pecuniam quam mihi debes aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur ut et tu statim libereris, et mea fiat; nam tum quod á nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, acquisita mihi, et quodammodo longa manu tradita existimanda est;* l. 79. ff. *de solut.*

204. Esta tradicion puede hacerse extensiva á las heredades. La demostracion que aquel que me ha vendido una heredad me ha hecho de la misma desde lo alto de mi torre, con la facultad que me da de ponerme yo mismo en posesion, equivale á una tradicion real de la heredad: *Si vicinum mihi fundum mercato vénditor in mea turre demostrat, vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere cæpi, quam si pedem finibus tulissem;* l. 18, § 2. ff, *de acq. poss.*

En todos estos casos, la vista de aquel á quien se ha enseñado la cosa objeto de la tradicion, hace la funcion de sus piés y de sus manos, y le hace adquirir la posesion de la heredad que se le ha enseñado, al igual que si se hubiese constituido en la misma; y tratándose de una cosa mueble como si la hubiera recibido con sus propias manos.

§ IV. *Si la marca que un comprador estampa, con consentimiento del vendedor, en las cosas que le ha vendido puede ser objeto de la tradicion.*

205. Puede ser objeto de tradicion tratándose de cosas de gran peso. *Paulo dice, videri trabes traditas quas emptor sic nasset;* l. 14. § 1. ff. *de peric. com.* Pero en cuanto á las cosas de fácil transporte, la marca que el comprador estampa en la cosa es tenida como puesta solamente *in argumentum venditionis contractæ*, y para impedir que se estampen otras; y de ningun modo puede entrañar una tradicion: *Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est; magis enim ne summutetur signare solere, quam ut tradere tum videatur;* l. 2. § 2. ff. d. tit. Se debe con todo seguir á este respecto el uso de los lugares. Si el uso del lugar donde el mercado ha tenido lugar, es de considerar la marca hecha con consentimiento del vendedor, como equivalente á la tradicion, hay que respetarlo y conformarse.

§ V. *De la tradicion que se considera interviene por la ficcion* brevis manus.

206. Esta ficion tiene lugar cuando yo quiero transferir el dominio de una cosa á alguno que la tiene en su poder, por ejem. á título de préstamo, de depósito ó de inquilinato. La ficcion consiste en aparentar que ha devuelto la cosa que tenia, por ejem. á título de inquilinato, y que yo incontinenti se la he entregado de nuevo, para poseerla en adelante á título de venta, ó de la donacion que yo le he hecho, como en el caso siguiente: *quædam mulier fundum ita non marito donavit per epistolam..... proponebatur etiam in eo agro qui donabatur, fuisset* (suple donatarius) *quum epistola mitteretur; quæ res sufficiebat ad traditam possessionem; l.* 77. ff. *de rei vindic.*

Esta invencion de la ficcion *brevis manus* es en este caso, y en otros parecidos, muy inútil; es preferible decir simplemente que se puede transferir á alguno el dominio de una cosa por el solo consentimiento de las partes y sin tradicion, cuando la

cosa se halla ya en su poder. Esto mismo dice Gayo: *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem quam commodavi aut locavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi; l. 9. § 5. ff. de acq. rer. dom.*

207. La ficcion *brevis manus* se adapta mejor en el caso en que, para prestar á alguno una cantidad de dinero le hago hacer entrega de ella por mi deudor. Por el ausilio de esta ficcion *brevis manus*, resulta intervenir entre nosotros un contrato de préstamo de esta cantidad; porque siendo de la esencia de este contrato, llamado *mutuum, quasi de meo tuum*, que el dominio de la cantidad que yo le presto se transfiera del uno al otro, es necesario, por esta ficcion *brevis manus* que mi deudor que le entrega esta cantidad de dinero, me haya hecho adquirir el dominio por una primera tradicion fingida que me ha hecho para pagármela, y que habiendo de este modo adquirido el dominio, haga yo al otro la tradicion por medio de su ministerio.

Ulpiano trata de esta ficcion *brevis manus* en la ley quince, ff. de ref. cred., en la cual dice: *Singularia quædam recepta sunt circa pecuniam creditam; nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut quum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta.*

§ VI. *De la tradicion fingida que resulta de ciertas cláusulas establecidas en el contrato de venta, donacion de la cosa ú otros de la misma clase.*

208. Existen muchas cláusulas que se establecen en los contratos de venta, donacion de una cosa ú otros parecidos, que se supone encierran una tradicion fingida de una cosa. Tal es la cláusula llamada de *constituto*.

La cláusula de *constituto* encierra una especie de tradicion fingida.

Es una cláusula que se pone en un contrato de donacion ó de venta ó en alguna otra especie de contrato por la cual el vendedor ó donante, al continuar reteniendo en su poder la cosa vendida ó dada, declara que en adelante entiende solo poseerla por y en nombre del comprador ó donatario.

Por esta cláusula, el vendedor ó donante efectua la tradicion de la cosa á favor del comprador ó donatario, el cual queda constituido posesor de la cosa por la persona del vendedor ó donante, por la declaracion que hace, es decir, de que posee en adelante la cosa en nombre del comprador.

209. Igual puede decirse de la cláusula de precario, por la cual el vendedor ó el donante declara que solo por via de precario entiende poseer la cosa del comprador ó donatario.

210. La cláusula de reserva del usufructo, en un contrato de donacion ó de venta, ó en algun otro, entraña igualmente una tradicion fingida de la cosa dada ó vendida; porque el usufructo siendo esencialmente el derecho de gozar de la cosa de otro, y no pudiendo nadie *per rerum naturam*, ser usufructuario de cosa propia, el donador ó el vendedor,

manifestando que retiene el usufructo de la cosa dada ó vendida, declara suficientemente que él no posee mas la cosa en su nombre y como una cosa que le pertenece, sino en nombre del donatario ó comprador, y como una cosa perteneciente á este, el cual por esta misma razon se considera haber tomado posesion mediante el ministerio del donador ó vendedor. Esto mismo ha sido resuelto por la constitucion de los emperadores Honorio y Teodosio el jóven: *Quisquis rem aliquam donando, vel in dotem dando, vel vendendo, usumfructum ejus retinuerit... eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur quo magis videatur facta traditio; sed omnimodo, idem sit in his causis usumfructum retinere quod tradere; l. 28. Cod. de donat.*

211. Igual sucede respecto á la cláusula por la cual en un contrato de donacion ó de venta, el donador ó vendedor toma en arriendo del donatario ó del comprador la cosa dada ó vendida: *Quædam mulier fundum ita non marito donavit, et eundem fundum ab eo conduxit; posse defendi in rem ei (donatario) competere, quasi per ipsam acquisierit possessionem, veluti per colonam; l. 77. ff. d. rei. vindic.*

Igual debe ser respecto á la cláusula por la cual el vendedor ó donante hubiera declarado poseer la cosa del comprador ó donatario á título de préstamo ó depósito.

212. Nuestras costumbres han seguido las disposiciones del derecho romano acerca de estas cláusulas, y las consideran igualmente como encerrando una tradicion que equivale á la tradicion real. La costumbre de Meaux, cap. 3, art. 13, se expresa en términos formales: *La retencion del usufructo equivale á la verdadera tradicion real y actual.* La de Sens, art. 230, habla *de la cláusula translativa de posesion, como constituto, reserva del usufructo, precario ú otro.* Véase Paris, art. 175 y la Conferencia de Guenois sobre este artículo.

213. La costumbre de Orleans, art. 278, establece aun que la simple cláusula de despropiacion por la cual el vendedor ó donante declara que se desprende de la heredad, haciéndose el comprador ó donatario cargo de ella, cuando figura en un acto autorizado por Notario, se suponga encerrar una tradicion fingida que equivalga á la tradicion real. Hé aquí cómo se expresa: «La despropiacion y apropiacion de la cosa agena hecha ante Notario de corte (lego), vale y equivale á la tradicion de hecho y posesion tomada de la cosa, sin que sea necesaria otra aprehension.»

Para la tradicion fingida que resulta de esta cláusula, son necesarias tres cosas: 1.ª, que esta cláusula se halle establecida en escritura pública; porque, por razon de la solemnidad del acto y del carácter del Notario que la ha autorizado, es que la cláusula adquiere la virtud de pasar por una tradicion que equivale á la tradicion de hecho: 2.ª, que el vendedor ó donante que declara por el acto desprenderse de la cosa y transmitirla al comprador ó donatario esté, en aquel acto, en posesion real de la cosa; porque la ficcion imita la verdad. Del mismo modo que no es posible que alguno se despropie realmente de una posesion que no tiene, y transmitirla á otra persona, no se puede por la misma razon, fingir que se haya despropiado y hacer que otro se la apropie; 3.ª, que despues del acto, el vendedor ó donante no permanezca por mas tiempo en posesion de la heredad y que la haya dejado vacante, de modo que el comprador ó donatario tenga la facultad de ponerse en posesion siempre que le parezca conveniente.

§ VII. *De las tradiciones que tienen lugar respecto á las cosas incorporales.*

214. Las cosas incorporales, no siendo susceptibles de posesion, puesto que esta consiste en una detencion corporal de una cosa, es una consecuencia lógica que no pueden ser susceptibles de tradicion, no siendo esta otra cosa que una traslacion de posesion. No obstante, como á falta de una posesion propiamente dicha, llega á reconocerse una cuasi-posesion de las cosas incorporales, que consiste en el uso que de las mismas se hace, debe tambien existir una especie de tradicion de cosas incorporales (1).

Esta tradicion, en cuanto á los derechos reales, tales como los derechos de servidumbre, se verifica *usu et patientia*, es decir, cuando aquel que á vista y ciencia del que lo usa, lo permite ó consiente. Por ejemplo, si estoy obligado á constituir á favor de otro un derecho de paso sobre mi heredad, debo hacerle la tradicion de este derecho, desde el momento en que ha empezado á ejercerlo, permitiéndoselo yo; si estoy obligado de darle un derecho de vista sobre mi casa, cuando haya abierto una ventana en la pared medianera y comun, y que yo se lo haya permitido.

215. Relativamente á los derechos de crédito, cuando alguno me ha hecho una cesion ó traspaso de un crédito, la tradicion solo puede efectuarse por la notificacion que hago hacer de mi acto de traspaso al deudor.

Esto es lo que se halla expresado en el artículo 108 de la costumbre de París, que á este respecto viene á formar un derecho comun. En él se lee: un simple traspaso no produce efecto; es necesario notificar el traspaso á la parte y dar copia

(1) L. 1 tit. 3.°, Part. 3 L. 20 D. de servit. tit. 1 lib. 8; L. 3 in pr. D. de usufr. tit. 2 lib. 7.

Esta notificacion se hace por un alguacil. La aceptacion que el deudor hace del traspaso al mismo efecto que la notificacion, suple la tradicion del crédito cedido y transfiere la propiedad al cesionario: pero los actos privados, no teniendo efecto contra terceras personas sino desde el dia de su anotacion como lo hemos visto en nuestro tratado de las obligaciones, n.° 716, es necesario que, á falta de la notificacion del traspaso, la fecha de la aceptacion sea justificada mediante escritura pública ó de otro modo equivalente.

Faltando la notificacion ó la aceptacion del traspaso del crédito, la propiedad no se transfiere al cesionario; el cedente continúa siendo el propietario. El pago que le haya hecho el deudor despues de la cesion, será válido y extinguirá el crédito. Los acreedores del cedente pueden embargar y retener su crédito sobre el deudor, y son preferidos para realizarlo, al cesionario que no hubiese todavía, al tiempo de su embargo, notificado su traspaso. En fin, el cedente puede, despues de la cesion hecha al primer cesionario que no ha notificado su traspaso, verificar otro traspaso y cesion del crédito á un segundo cesionario, el cual, si es mas diligente que el primero para notificar al deudor ese segundo traspaso, adquirirá la propiedad del crédito; en este caso el primer cesionario puede entablar recurso contra el cedente.

216. El principio que exige la notificacion del traspaso de un crédito para poder suplir la tradicion del mismo, y transferir la propiedad al cesio-

sionario, sufre excepcion, respecto á las letras de cambio y vales; porque tan pronto que el propietario del crédito contenido en una letra de cambio me ha hecho traspaso del mismo, endosándomelo al dorso de la letra ó vale que me ha entregado, llego á adquirir la propiedad del crédito contenido en la citada letra ó vale sin haber mediado ninguna notificacion al deudor. Desde entonces, mi cedente no puede volver á ceder la letra ó pagaré á otro; sus acreedores no pueden tampoco desde aquel momento arrebatarla de las manos del deudor, ni este podérsela pagar válidamente. Porque cuando el deudor de un crédito en letra de cambio ó en pagaré quiere pagarlo, debe, para asegurar el pago, hacerse presentar y remitir la letra ó vale, para cerciorarse si aquel á quien paga es el verdadero acreedor.

217. El principio sufre una segunda excepcion respecto á los créditos en billetes ó documentos pagaderos al portador: la tradicion se considera efectuarse por medio de la de los billetes y documentos que los créditos comprenden.

ARTÍCULO II.

De las condiciones que se requieren para que la tradicion transfiera la propiedad.

218. Citaremos cuatro condiciones cuyo concurso es necesario para que la tradicion que se hace á alguno de una cosa le transfiera la propiedad.

1.ª Es necesario que aquel que hace á favor de alguno la tradicion de una cosa sea propietario de la misma ó lo haga con consentimiento de este. 2.ª Que este propietario que verifica la tradicion ó la consiente, sea capaz de enagenar. 3.ª Que la tra-

dicion sea hecha en virtud de un título verdadero, ó al menos putativo, de naturaleza para transferir la propiedad. 4.ª y última. Que medie consentimiento de las partes. Trataremos de estas cuatro condiciones en otros tantos párrafos. Expondremos en un párrafo 5.º una condicion que es particular á la tradicion que se hace en la ejecucion de un contrato de venta.

§ I. *Primera condicion. Es necesario que la tradicion se haga por el propietario de la cosa, ó con su consentimiento.*

219. Es un principio tomado de la naturaleza de las cosas, que nadie puede transferir á otro mas derecho en una cosa del que él mismo tiene: *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet; l. 14, ff. d. R. J.* (1).

De esto se sigue que aquel que no es propietario de una cosa, no puede por la tradicion hecha á alguno, transmitirle la propiedad que no tiene. Por esto dice Ulpiano: *traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit, si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert; l. 20, ff. d. acq. rer. dom.* Esto mismo debe comprenderse con esta limitacion, á menos que el propietario no dé su consentimiento á la tradicion; porque por el mero hecho de que la tradicion hecha á alguno de una cosa pueda transferirle la propiedad, nada importa que sea el propietario de la cosa el que haga por sí mismo la tradicion, ó que sea otra persona con consentimiento

(1) L. 3. § 5 y 7 L. 6 § últ. D. de adq. possel. tít. 2 lib. 41; L. 31 D. de adq. rer. dom. tít. 1 lib. 41.

del propietario: *nihil interest utrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate ejus aliquis: l. 9. § 4, ff. d. tit.*

220. No es tampoco necesario para que la tradicion transfiera la propiedad de una cosa, que el consentimiento dado por el propietario sea un consentimiento formal y especial; basta para esto que sea general é implícito.

Por ejemplo, cuando he encargado á alguno la administracion de mis negocios, se sobreentiende, por este solo hecho, consentir por regla general todas las ventas que hará para la administracion de mis negocios, y la tradicion de las cosas vendidas; y este consentimiento general é implícito es suficiente para que la tradicion que puede hacer de estas cosas transfiera la propiedad á aquellos á cuyo favor se haga: *si cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur permissa fuerit, et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis; l. 9, § 4, ff. de acq. rer. dom.*

221. Obsérvese que el consentimiento del propietario debe intervenir en el mismo acto que se verifica la tradicion, para que esta pueda transferir la propiedad de la cosa á aquel á cuyo favor se ha hecho. Si el propietario, habiendo voluntariamente, y sin haber sido obligado, consentido la tradicion que debia yo hacer de su cosa, hubiese despues, antes que yo la haya efectuado, cambiado de voluntad, ó hubiese perdido la vida ó la razon, su consentimiento no subsistiendo mas, la tradicion que yo haré despues no podrá transferir la propiedad á aquel á quien yo la haré. Africano resuelve esto mismo con las siguientes palabras: *si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas, deinde mortuo me ignorans dederis, accipientis non facies; l. 41,* ff. *de reb. cred.* Porque, aunque yo hubiese consentido la tradicion que alguno debiese hacer á Sticho de este dinero, del cual fuera yo propietario, mi consentimiento no existiria mas tan pronto hubiese él contado ese dinero á Sticho la tradicion hecha no ha podido transferirle la propiedad sin consentimiento de mi heredero que, por causa de mi muerte resultaba ser el propietario.

Vice-versa; aunque uno me haya vendido una cosa sin saberlo su propietario, basta que al tiempo de la tradicion que me ha hecho, el propietario de la cosa haya consentido esta tradicion, para que me sea transferida la propiedad de la misma: *constat, si rem alienam scienti mihi vendas, tradas autem eo tempore quo dominus ratum habet, traditionis tempus inspiciendum, remque meam fieri; l. 44, § 1, ff. de usucap.*

222. La tradicion de una cosa es considerada hecha por el propietario, y transferida la propiedad de la cosa á aquel á quien se ha hecho, no solamente cuando es hecha por el mismo propietario, si que tambien cuando es hecha en su nombre por alguno competentemente autorizado para esto. Por ejemplo, cuando el tutor de un menor ó el curador de un incapacitado, vende en su calidad de tutor ó curador cosas muebles pertenecientes al menor, y verifica, en esta calidad, la tradicion á los compradores, el menor ó incapacitado, propietario de las cosas vendidas, es el que es considerado haber hecho la tradicion por el ministerio de su tutor ó curador; en consecuencia, esta tradicion ha transferido la propiedad á los compradores. Viene á ser el caso de esta máxima, *lo hecho por el tutor se considera hecho por el menor.*

Pero si el tutor ó curador hubiera vendido en su

nombre de tutor ó curador, sin decreto prévio del juez, una heredad del menor ó incapacitado, la tradicion que haria en dicho nombre, no se consideraria hecha por el menor ó incapacitado, y no transferiria la propiedad de la heredad al comprador, porque lo hecho por el tutor no es considerado hecho por el menor sino respecto á las cosas que no exceden el poder del tutor; pero la enagenacion de los inmuebles del menor ó incapacitado, es una cosa que excede el poder de un tutor ó de un curador.

223. Se ha suscitado la cuestion de saber si, habiendo dado á V. una cosa para darla en mi nombre á alguno, la tradicion que le ha V. hecho, no en mi nombre, sino en el de V. mismo, le ha transferido la propiedad. Jaboleno decide que, segun la sutilidad del derecho, no la ha podido transferir no habiéndose hecho la tradicion por el propietario de la cosa, puesto que no ha sido hecha en mi nombre, siendo yo el propietario ni aun con consentimiento del mismo; porque mi voluntad era que se hubiese dado y verificado la tradicion en mi nombre, pero de ningun modo he consentido la tradicion que V. ha hecho en el suyo. Eso, con todo, el mismo jurisconsulto añade que, segun la equidad, yo no debo reivindicar la cosa de aquel á cuyo favor la tradicion ha sido hecha, habiendo querido dársela: *Si tibi dederim rem ut Titio nomine meo dares, et tuo nomine eam ei dederis, an factam ejus putas? Respondit: Si rem tibi dederim ut Titio meo nomine donares, eamque tu tuo nomine ei dederis; quantum ad juris subtilitatem, accipientis facta non est, et tu furto obligaris: sed benignius est, si agam contra eum qui rem accepit, exceptione doli mali me summoveri; l.* 5, ff. *de donat.*

224. El principio, á saber, que la tradicion de

una cosa no puede transferir la propiedad á aquel á cuyo favor ha sido hecha, si no ha sido hecha por el propietario, ó con su consentimiento, sufre algunas escepciones.

La primera es cuando los efectos de un deudor son embargados y vendidos por sus acreedores, no obstante la oposicion que ha hecho al embargo y á la venta, de los que ha sido excluido. La tradicion hecha por el portero de estrados á los postores, aunque hecha sin el consentimiento del deudor, que era el propietario de esos efectos, les transfiere la propiedad: Ulpiano dice sobre esto: *Non est novum ut qui dominium non habeat alii dominium præbeat: nam et creditor pignus vendendo, causam dominii præstat qaod ipse non habuit, l,* 46 ff. *de acq. rer. dom.*

En el caso de la venta de una prenda con conversion, puede decirse que el deudor, al dar la cosa en prenda, es considerado como querer consentir y haber consentido la venta hecha á falta de pago. Pero en el caso de prenda judicial, cuando los efectos de un deudor son embargados y vendidos, la propiedad queda transferida á favor de las personas á quienes se han adjudicado, sin que pueda tener lugar ningun consentimiento del deudor-propietario.

Se puede añadir, como segunda excepcion, el caso en que habiendo hecho ordenar, no obstante la opinion de mi copropietario, la licitacion de una cosa comun, en donde las subastas de los estranjeros fuesen aprobadas, la tradicion de esta cosa queda hecha á favor del estranjero que ha salido postor, entonces la tradicion que le ha sido hecha le transfiere la propiedad, aun por parte de mi copropietario, aunque la licitacion y la tradicion hayan sido hechas contra su consentimiento.

La autoridad del juez suple en este caso el consentimiento del propietario.

§ II. *Segunda condicion. Es necesario que el propietario que hace la tradicion, ó que la consiente, sea capaz de enagenar.*

225. Para que la tradicion de una cosa pueda transferir el dominio de propiedad á aquel á quien ha sido hecha, no basta que haya sido hecha por el propietario de la cosa, ó con su consentimiento, es menester además que el propietario que ha verificado la tradicion ó que la ha consentido, sea capaz de enagenar.

Por eso una mujer que está bajo el poder del marido, no siendo capaz de enagenar cosa alguna sin estar al efecto autorizada por su marido ó por decreto del juez, como lo hemos visto en nuestro tratado del poder del marido sobre la persona y bienes de su mujer, la tradicion de las cosas á ella pertenecientes, que haya hecho ó consentido sin esta autorizacion, no transfiere la propiedad á favor de aquellos á quienes ha sido hecha.

Por la misma razon, la tradicion que un menor que está bajo el poder del tutor, ó un incapacitado por causa de prodigalidad, hace de las cosas que le pertenecen, ó la consiente, no transfiere de ningun modo la propiedad á aquellos á quienes ha sido hecha, careciendo estas personas de la capacidad necesaria para enagenar.

Los menores, aunque emancipados, sea por cartas del príncipe, sea aun por matrimonio, no pudiendo por falta de capacidad enagenar sus bienes inmuebles, la tradicion que hacen de los mismos ó la que han consentido, no puede transferir la propiedad.

Existe una marcada diferencia entre la incapacidad de los menores é incapacitados por prodigalidad, y la de las mujeres casadas. Esta, establecida en favor del marido, es una incapacidad absoluta. La tradicion que esta mujer hace sin autorizacion es absolutamente nula, y nunca puede considerarse como haber transferido la propiedad, aun cuando despues de adquirida la libertad por muerte de su marido, hubiese ratificado la venta y la tradicion hecha estando bajo el poder de su marido: tal ratificacion solo seria considerada como una nueva venta y un nuevo consentimiento á la traslacion de propiedad de esas cosas, que no tiene efecto sino *ut ex nunc*, y desde el dia del acto de ratificacion.

Al contrario, la incapacidad de los menores, establecida solo en su favor, es únicamente relativa; por consiguiente no les comprende la incapacidad de enagenar las cosas de su pertenencia, y las enagenaciones que hacen de las mismas solo se consideran nulas, en el caso que no les fueran favorables. Por esto, al llegar á la mayor edad, les son aprobadas, sea por una ratificacion espresa, sea por una aprobacion tácita; dejando transcurrir el tiempo de diez años despues de su mayor edad sin entablarse demanda en contra, son considerados haber tenido la capacidad de enagenar las cosas, aunque fuesen menores de edad, y la tradicion que han hecho se considera haber transferido *incontinenti* la propiedad á aquellos á quienes se ha hecho.

Lo mismo sucede respecto á los incapacitados por causa de prodigalidad, entendiéndose bien que ha de ser por causa de prodigalidad, porque es evidente que cuanto ha sido hecho por aquellos que lo son por causa de denuncia, es completamente nulo.

226. El deudor insolvente, cuando ha enagena-

do, en fraude de sus acreedores, las cosas de su pertenencia, no debe figurar en el número de los que son incapaces de enagenar. La ley da en este caso á los acreedores una accion revocatoria de la enagenacion efectuada, contra los compradores que han tenido conocimiento del fraude, y contra los donatarios, aun cuando lo hubiesen ignorado; pero entretanto, la tradicion que les ha hecho les transfiere la propiedad. Esto mismo nos dice Pomponio: *Si sciens unam ab eo cui bonis interdictum sit... dominus non ero; dissimiliter atque si á debitore sciens creditorem fraudari, emero; l.* 26, ff. *de contrah. emptione.*

227. Un propietario gravado de substitucion, no se considera tampoco incapaz de enagenar, aun tratándose de las heredades comprendidas en la substitucion cuyo gravámen pesa sobre él; y la tradicion que hace ó consiente transfiere el dominio de la propiedad á aquellos á quienes ha sido hecha, quedando sujeto á la sustitucion, y solo hasta el tiempo en que esta llega ha cumplirse, como lo veremos en el artículo siguiente.

§ III. *Es necesario que la tradicion se haga en virtud de un título verdadero, ó á lo menos putativo, que sea de naturaleza para transferir la propiedad.*

228. La tradicion, aunque hecha ó consentida por el propietario de la cosa, que es capaz de enagenar, no transfiere la propiedad á menos que haya sido hecha en virtud de algun título verdadero ó putativo: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur; l.* 31, ff, *de acq. rer. dom.*

229. Se llaman justos títulos aquellos que son de naturaleza á transferir el dominio de propiedad de las cosas, tales como los de la venta, permuta, donacion, legado, etc.

Generalmente toda obligacion que he contraido para dar á alguno una cosa en propiedad, es un justo título para que la tradicion que ha sido hecha de esta cosa, ó de alguna otra en su lugar, al acreedor ó á algun otro que la tome de su órden, en pago de esta obligacion, le transfiere el dominio de propiedad.

Pero es evidente que la tradicion que he hecho á alguno de mi cosa por causa de préstamo, de inquilinato, de fianza, de depósito, ó para hacérsele ver, no le transfiere el dominio, no siendo estos títulos de naturaleza á transferir la propiedad.

230. Obsérvese que un título, aunque no sea mas que putativo, basta para que la tradicion que yo hago á V. de mi cosa en virtud del mismo título que yo falsamente me he persuadido existia, aunque realmente no existia, transfiere á V. la propiedad; en este caso y cuando el error haya sido reconocido, tan solo tengo una accion personal, la cual llamamos *condictio indebiti*, ó *conditio sine causa*, para que sea usted obligado á devolverme lo que le he dado.

Por ejemplo, yo veo un testamento, por el cual mi padre ha legado á usted cierta cosa; yo ignoro que existe un codicilo por el cual este legado ha sido revocado; aunque, en este caso, no se ha hecho á favor de usted ningun legado, puesto que ha sido revocado; sin embargo, la tradicion, que he hecho á usted de esta cosa en virtud de la falsa opinion en que me hallaba, ha transferido á usted la propiedad, quedando á mi favor, una vez el error ha-

ya sido reconocido, el derecho de pedir se me devuelva usando de la accion *condictio indebiti*.

Véase lo que hemos dicho sobre esta accion *condictio indebiti*, en un Apéndice de nuestro Tratado de Préstamo.

§ IV. *Del consentimiento de las partes, necesario para que la tradicion transfiera la propiedad.*

231. El consentimiento de las partes es necesario para que la tradicion de una cosa transfiera la propiedad á aquel á quien ha sido hecha ; es decir, es preciso que el propietario de la cosa que hace la tradicion ú otro que la haga por su órden, quiera transferirle la propiedad, y que á su vez el que la reciba quiera adquirirla : *In omnibus rebus quæ dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium, nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quælibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum non potest ; l.* 55, ff. *de oblig. et act.*

Este consentimiento debe intervenir, sobre la cosa objeto de la tradicion, sobre la persona á quien se ha hecho y sobre la traslacion de propiedad.

232. En primer lugar, el consentimiento debe intervenir sobre la cosa que forma el objeto de la tradicion; es decir, es necesario que la cosa de la que os hago la tradicion, sea aquella cuya propiedad yo quiero transferiros y aquella que quereis adquirir.

Si equivocadamente tomo la una por la otra, no habrá traslacion de propiedad. Por ejemplo, si, queriendo dar á usted un Misal romano del que yo no me servia, he hecho á V. la tradicion de un Misal

de París, que por equivocacion he tomado por un Misal romano que yo queria darle, porque ha dado la casualidad de tener una encuadernacion parecida, esta tradicion no produce la traslacion de propiedad ni del Misal romano que yo queria dar á usted porque no es este cuya tradicion he hecho á usted, ni del de París, porque tampoco es este el que queria darle.

Finalmente, si yo voy á casa de un librero cualquiera por un Misal de París que la víspera habia comprado en su misma casa, y que este librero no acordándose si el libro que me ha vendido es un Misal de París ó un Misal romano, me da un Misal romano, el cual recibo sin apercibirme de ello, creyendo que es un Misal de París, esta tradicion no produce la traslacion de propiedad, ni del Misal de París que he comprado, puesto que no me ha sido hecha la tradicion, ni del Misal romano que he recibido por equivocacion, puesto que no es este el que yo he querido adquirir.

233. Es necesario en segundo lugar, que el consentimiento intervenga sobre la persona á quien quiere transferir la propiedad de la cosa cuya tradicion se ha hecho.

Por ejemplo, si queriendo dar una cosa á Pablo, he hecho la tradicion de esta cosa á Pedro, que he tomado por Pablo, y Pedro la recibe creyendo recibirla para él; es evidente que esta tradicion no transfiere la propiedad de la cosa ni á Pablo, á quien queria dársela, (no habiéndosele hecho la tradicion), ni á Pedro, que no es aquel á quien he querido darla.

Del propio modo, si queriéndome dar una cosa la dá usted á mi agente de negocios, creyendo dármela á mí, y que él la haya recibido en la persuasion

de recibirla para él, esta tradicion no transferirá la propiedad de la cosa ni á mi agente de negocios, á quien no ha querido usted darle, ni á mí, no habiendo tenido esta intencion mi hombre de negocios. *Si procuratori meo rem tradideris ut meam faceres, is hac mente acceperit ut suam faceret, nihil agetur;* l. 57, § 6 ff. *de acq. rer. dom.*

234. La tradicion hecha de una cosa no puede, en verdad, transferir la propiedad, cuando aquel que la recibe no es la misma persona á quien yo he querido transferirla. Pero no es siempre necesario que el que la recibe sea cierta persona determinada á quien he querido darla, una voluntad general basta: como cuando en un dia de público regocijo, el magistrado echa por una ventana que da á una plaza, ciertas monedas al pueblo, transfiere la propiedad á aquellos que las recojen, aunque ese magistrado no tuviese á la vista ninguna de esas personas; basta para transferirles la propiedad que haya tenido un ánimo general de transferirla á aquellos que las hayan recogido. Gayo dice sobre el particular lo siguiente: *Interdum*, dice *et in incertam personam collata domini voluntas transfert rei propietatem, ut ecce qui missilia jactat in vulgos; ignorat enim quid eorum quisque excepturus sit, quia vult quod quisque exceperit ejus esse, statim eum dominum efficit;* l. q. § 7, ff. *d. acq. rer. dom.*

235. Es necesario, en tercer lugar, que el consentimiento intervenga sobre la traslacion de propiedad; es decir, es preciso que el que hace la tradicion, ó el que la consiente tenga ánimo de transferir á aquel que la recibe el derecho de propiedad que tiene de esta cosa y que el que la recibe tenga igualmente ánimo de adquirir este mismo derecho de propiedad.

Por esto, si yo he dado á usted un libro sin intencion de transferir la propiedad, y que usted lo ha recibido creyendo haberlo dado solamente por via de préstamo, la tradicion que yo le he hecho no le habia transferido la propiedad por falta de su consentimiento para la traslacion de la misma.

236. Cuando un comprador ha adquirido una cosa que creia equivocadamente no pertenecer á su vendedor, la tradicion que este le ha hecho le ha transferido la propiedad? La duda consiste en que este comprador, opinando que la cosa no pertenecia á su vendedor, no creia adquirir por esta tradicion, la propiedad de la cosa. Es necesario con todo resolver que la propiedad le ha sido transferida porque, aunque no pensó adquirirla, sin embargo, recibiéndola á título de compra, queria adquirirla: *qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est quam in existimatione mentis; et ideo etsi existimet se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur;* l. q. § 4, ff. 2 *jur. et fact. ignor.*

237. Cuando un tutor ó un procurador ha hecho, en calidad de tal, la tradicion de una cosa de la cual ignoraba ser el propietario, y que creia pertenecer á su menor ó á aquel cuyos negocios administraba, la tradicion que ha hecho de esta cosa no ha podido transferir la propiedad á aquel á quien ha sido hecha, porque no ha podido tener la voluntad de transferir el derecho de propiedad de la cosa el cual ignoraba tener: *si procurator meus, vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderit, non recessit, ab eo dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit;* l. 35, ff. *de acquir. rer. dom.*

Por la misma razon, si usted me ha vendido una

cosa de la cual ignoraba ser el propietario y que usted haya verificado, por mi órden, la tradicion á un tercero, esta tradicion no le transfiere la propiedad porque mi voluntad ha sido hacerle pasar, por consentimiento de usted, un derecho de propiedad que equivocadamente me habia persuadido pertenecia á aquel; pero no he podido tener la voluntad de transferirle el verdadero derecho de propiedad que tengo de esta cosa, puesto que ignoraba poseerlo: *Si rem meam mihi ignoranti vendideris, et jussu meo alii tradideris non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire;* l. 15, § 2, ff. *de contrah. emph.*

Por el propio motivo, la tradicion que he hecho á usted de una cosa cuya propiedad ignoraba tener y que estaba en la falsa persuasion pertenecia á usted, no le transfiere la propiedad; porque no he podido tener la voluntad de transferírsela ignorando tenerla: *Quum tibi nummos meos quasi tuos do, non facio tuos;* l. 3, §. 8. ff. *d. condict. caus. dat.*

Basta que una de las partes haya tenido la voluntad de transferir á la otra, por medio de la tradicion, su derecho de propiedad, y que la otra tenga la voluntad de adquirirlo? Es necesario aun que su consentimiento intervenga sobre la causa por la cual he hecho la tradicion. Julian decide que el consentimiento sobre la causa no es de necesidad: *Quum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio..... nam etsi pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat propietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissentiamus;* l. 36. ff. *d. acq. rer. dom.*

Obsérvase que Julian resuelve segun la sutilidad del derecho. Es verdad que en esta especie, la propiedad de este dinero ha sido á usted transferida segun la sutileza del derecho por que hemos consentido, yo en transferírsela á usted, y usted en adquirirla, mas ella le ha sido á usted transferida sin causa; es pues sin causa ninguna que usted es el propietario. Usted no lo es á título de donacion, puesto que no ha adquirido la donacion que yo intentaba hacerle; tampoco lo es usted á título de préstamo porque no he querido prestársela. Habiendo por consigiente transferido la propiedad de este dinero sin causa, puedo, si me llego á arrepentir de la donacion que tenia intencion de hacer á usted, pedirle la restitucion del susodicho dinero, en virtud de la accion llamada *condictio sine causa*. Por esta razon la decision de Julian se concilia con aquella de Ulpiano que vamos á relatar: *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse; sed an sit mutuum videndum; et puto nec mutuum esse, magisque nummos accipientis non fieri, quum alia ratione acceperis;* l. 18. ff. *d. ref cred.*

Lo que Ulpiano dice, *nummus accipientis non fieri*, se toma en el sentido, que aunque en cuanto á la sutilidad del derecho, adquiere la propiedad de ese dinero, tal como lo decide Julian, no la adquiere eficazmente con respecto á la accion *condictio sine causa*, que tengo contra él para pedírselo: de este modo esos jurisconsultos no se contradicen.

§ V. *De otra condicion para que la tradicion transfiere la propiedad, condicion particular á la tradicion que se hace en ejecucion de un contrato de venta.*

239. Es una condicion particular á la tradicion que se hace en ejecucion de un contrato de venta, que la tradicion que el vendedor hace de la cosa vendida al comprador, no transfiere la propiedad a este sino despues que ha hecho efectivo el precio ó que haya satisfecho al vendedor el pago ; á menos que no pareciera que el vendedor ha querido seguir la fe del comprador : *Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione;* l. 19. ff. *d. contrah. empt.*

La razon es, que aquel que vende al contado, sin dar tiempo para el pago, es considerado poner tácitamente á la tradicion que hace, la condicion que no transferirá la propiedad al comprador sino despues del pago ó satisfecho que esté el precio.

240. Nada importa la manera con que el comprador haya satisfecho al vendedor el pago, ya sea dándole caucion ya con la entrega de alguna prenda. Seguidamente que el acreedor ha recibido la caucion ó la prenda, la propiedad de la cosa vendida, cuya tradicion se ha hecho el comprador, es adquirida por este, como si hubiese pagado el precio : *Ut res fiat emptoris, nihil interest utrum pretium solutum sit, an eo nomine fideiussor datus sit: quod autem de fidejussore diximus plenarius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est; veluti expromissore aut pignore dato proinde sit ac si pretium solutum esset;* l. § 53. ff. d. *contrah. emp.*

Existe diferencia entre el pago y la satisfaccion. El vendedor no puede rehusar el pago del precio que el comprador le ofrece, el cual, al consignarlo sobre su denegacion queda libre, y adquiere la propiedad de la cosa vendida, cuya tradicion le ha sido hecha, del propio modo que si lo hubiese pagado al vendedor.

Al contrario, el vendedor no recibe las garantías que le son ofrecidas por el comprador, sino queriéndolo él : no puede forzársele á recibir las cauciones y las prendas ofrecidas para el pago del precio.

241. Esta condicion de pagar el precio no se sobrentiende en la tradicion sino cuando la venta ha sido hecha al contado, es decir, sin señalar plazo alguno para el pago ; porque cuando lleva termino el vendedor al concertarlo, se le considera haber seguido la fé del comprador para el pago del precio, lo cual basta para la traslacion de propiedad, *si eidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione;* d. l. 19.

Igual sucede aunque el contrato de venta no encierre plazo alguno para el pago del precio, cuando por otra parte parece, por algunas circunstancias, que el vendedor ha seguido la fé del comprador para el pago, Eso se infiere tambien por el solo motivo de haber dejado transcurrir un considerable tiempo sin pedirlo.

242. La costumbre de Paris ha seguido esos principios. Supone en el art. 176, que aquel que ha vendido una cosa sin fecha y sin plazo, conserva la propiedad hasta el pago del precio, no obstante la tradicion que de la misma ha verificado. Por esta razon dice : «Quien vende cierta cosa mueble sin fecha y sin plazo, en la confianza de ser pagado en

breve tiempo, puede perseguir *su cosa*, en cualquier lugar que haya sido transportada para que se le pague el precio por el que ha sido vendida.»

De estas palabras, *puede perseguir su cosa,* se desprende evidentemente que cuando el vendedor ha vendido sin dia y sin plazo, la cosa vendida, no obstante la tradicion que se ha hecho en cualquier lugar que haya sido transportada á cualesquiera manos que se haya pasado, permanece siempre su cosa hasta el cumplimiento del pago.

Al contrario en el art. 177 supone la misma costumbre que cuando el vendedor ha señalado plazo, se encuentra despojado de la propiedad en virtud de la tradicion y goza solamente de un previlegio sobre la cosa, para poder ser pagado con preferencia á los demás acreedores del comprador mientras que permanece en poder del comprador : «y con todo dice aunque se haya señalado plazo, si la cosa se halla embargada sobre el deudor por otro acreedor, puede impedir la venta y tiene preferencia sobre la cosa á los demás acreedores.»

Nótese que la costumbre, dice, *y que esté embargada* sobre el deudor, porque si la cosa hubiese pasado á manos de un tercero, el vendedor que ha dado plazo, desposeido de la propiedad que ha transferido al comprador, no podria perseguirla contra tercera persona, el privilegio que tiene sobre la cosa no teniendo lugar sino mientras que esta permanece en manos de su deudor.

ARTICULO III.

Del efecto de la tradicion.

243. La tradicion, cuando ha sido hecha ó consentida por el propietario de la cosa, y concurriendo todas las demás condiciones señaladas en el artículo precedente, transfiere á aquel á quien ha sido hecha el derecho de propiedad de la cosa, que tenia aquel que la ha hecho ó consentido. Lo transfiere tal como lo tenia, por esto, si el derecho de propiedad que tenia era un derecho de propiedad resoluble al cabo de cierto tiempo, ó al tiempo de cierta condicion, la tradicion solo hace pasar á aquel á quien se ha hecho una propiedad resoluble al cabo de dicho tiempo, ó al tiempo de dicha condicion. Si la propiedad no era una propiedad libre y perfecta, y que la heredad fuese gravada de usufruto ó de otras servidumbres personales ó rústicas, de censos ú otros créditos, hipotecas etc., la tradicion solo transfiere con todas las indicadas cargas, á aquel á quien ha sido hecha la propiedad de la heredad : *Quoties dominium transfertur ad eum qui accipit, tale transfertur quale fuit apud eum qui tradit ; l.* 20, § 1, ff. *de acq. rer. dom. Alienatis quum fuit, cum sua causa, dominium ad alium transferimus, quæ esset futura si apud nos mansisset ; l.* 67. ff. *de contrah. empt.*

Esto tiene lugar, aun cuando el propietario, al hacer la tradicion de la cosa, no hubiese declarado las imperfecciones de su derecho de propiedad, ni las cargas que pesan sobre la heredad, y aun en el caso en que hubiese asegurado falsamente que la

indicada heredad no está gravada; porque su declaracion no puede perjudicar á terceras personas que tienen derechos reales sobre la heredad ó á quien esta debe un dia devolverse: *Si quis fundum dixerit liberum quum traderet eum qui servus sit, nihil juris servitutis fundi detrahit;* d. l. 20, § 1.

Ulpiano añade: *Verumtamen obligat se, debetque præstare quod dixit.* Es decir que contrae, por esta declaracion, una obligacion de garantía. Véase lo que sobre esto hemos dicho en nuestro *Tratado del Contrato de Venta.*

244. Cuando la tradicion no ha sido hecha ó consentida por el propietario de la cosa, no puede, en verdad, causar el efecto de transferir desde luego á aquel á quien ha sido hecha la propiedad de la cosa, pero cuando ha sido hecha en virtud de justo título, y que aquel á quien ha sido hecha ha tenido buena fé, es decir, ha creido que el que ha hecho la tradicion era el propietario, le transfiere á lo menos *causam usucapionis,* esto es, el derecho de adquirir un dia la propiedad de la cosa, por la continuacion de su posesion, mediante el tiempo requirido para la prescripcion.

La buena fé se presume siempre en aquel á quien la tradicion es hecha, en tanto el contrario no entable demanda. Se considera como justa causa el creer á un hombre propietario de una cosa que posee.

ARTÍCULO IV.

Si la sola convencion puede transferir el dominio de propiedad de una persona á otra, sin la tradicion.

245. Es un principio del derecho romano que ha sido puesto en práctica en nuestro derecho fran-

cés, que ordinariamente solo es por una tradicion real ó fingida el que el dominio de propiedad de una cosa puede pasar de una persona á otra; y que una simple convencion que yo tendré con usted, por la cual convenimos que el dominio de propiedad que tengo de cierta cosa que yo le vendo ó doy, cesaria desde ahora de pertenecerme y en adelante perteneceria á V., no seria suficiente para que fuese á V. transferida, sin que antes me haya deshecho á favor de V. de la cosa en virtud de una tradicion real ó fingida: *Traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur;* l. 20. *Cod. d. pact.*

En virtud de este principio se dice, que es de la naturaleza del dominio de propiedad el adquirirlo por medio de la posesion; por allí es por donde ha empezado: *Dominium a possessione cæpit.* Cuando las cosas estaban todavía en el estado de comunidad negativa, siendo comunes á todos los hombres, sin que todavía nadie fuese propietario, solo por la posesion y al constituirse en ella se lograba que cada uno empezase á adquirir un dominio de propiedad, *jure occupationis;* por la misma razon que el dominio originário ha sido adquirido por la posesion, el dominio, derivado no puede igualmente pasar de una persona á otra sino por medio de la posesion, constituyendo en posesion de esta cosa por medio de una tradicion real ó fingida á la persona á quien quiere traspasar el dominio de la misma cosa. Se añade que el dominio de propiedad siendo un derecho por el cual una cosa está en nuestro poder, y del que podemos disponer libremente, siempre y cuando lo juzguemos oportuno, es necesario, para que adquiramos el dominio de una cosa que hayamos sido puestos en posesion porque solo por este medio la cosa cae en nuestro poder, y que

manui nostræ subjicitur. Una simple convencion por la cual convengo con V. que tal cosa, de la cual conservo la posesion, cesará desde luego de pertenecerme correspondiendo á V. en adelante el dominio de propiedad, no puede pues ser suficiente para transferíroslo. Las convenciones solas por sí mismas no producen mas que obligaciones; esta es su naturaleza, y por esto han quedado establecidas. Estas obligaciones no dan á aquel en cuyo favor han sido contraidas mas que un derecho contra la persona que las ha contraido. Este derecho es un derecho con relacion á la cosa que uno se ha obligado á darnos; pero no puede ser un derecho en la cosa, todavía es menos el dominio de la cosa.

No obstante estas razones Grotio, y otros muchos que han escrito sobre el derecho natural, pretenden que este principio del derecho romano, es decir; que el dominio de las cosas no puede pasar de una persona á otra sino por medio de la tradicion no nace del derecho natural, que es un principio de derecho puramente positivo que se ha atribuido impropiamente el derecho de gentes, porque ha sido recibido de muchas naciones; pero que en los puros términos del derecho natural, nada importa que la convencion habida con V. esto es que tal cosa cesará desde ahora de pertenecerme y pertenecerá á V. en adelante no transfiere á V. la propiedad, sin que antes le haya hecho la tradicion. El dominio de una cosa, segun dicen, siendo esencialmente el derecho de disponer de la misma libremente, es una consecuencia de este derecho que yo he de disponer de mi cosa tambien libremente, que yo pueda por mi sola voluntad y sin otro hecho, transferir el dominio de esta cosa, á la persona que bien me parezca, la cual quiera adquirirlo.

De que el dominio originario ha empezado solo por medio de la posesion, de ningun modo puede seguirse que el dominio derivado no pueda del mismo modo pasar de una persona á otra sino por medio de la posesion. En cuanto á lo que se dice que una cosa no puede estar en nuestro poder sin que se nos ponga en posesion de la misma, solo se sigue de allí, todo lo mas, que no podemos hacer uso del derecho de dominio que nos ha sido transferido sobre una cosa, sino despues de habernos dado posesion; pero de ninguna manera se sigue que no hayamos podido adquirir ese dominio antes de haber sido puestos en posesion de la cosa, aunque no podamos todavía usarlo; con tal que el derecho de dominio, y la facultad de usarlo no sean dos cosas inseparables.

Esto nos lleva de la mano á la distincion que hace Puffendorf en su libro del derecho natural y de gentes, *liv.* 4 *cap.* 9, § 8. Dice que el dominio de propiedad de una cosa, cuando se le considera como encerrando un poder físico y actual de hacer uso, no puede, en verdad, pasar de una persona á otra, sin una tradicion que ponga en posesion de la cosa á la persona á quien se quiere transferir ese dominio: pero cuando el dominio de propiedad de una cosa solo se le considera como una cualidad puramente moral, en virtud de la cual una cosa pertenece á alguno, nada implica, en los puros términos del derecho natural, que el dominio de propiedad, de este modo considerado, no pueda pasar de una persona á otra por medio de una simple convencion, antes que ella haya sido seguida de la tradicion.

Aunque esta cuestion se haya debatido segun el puro derecho natural que abandonamos á merced

y disputa de la escuela, el principio del derecho romano, esto es, que el dominio de propiedad de una cosa no puede pasar de una persona á otra, sino por medio de una tradicion real ó fingida de la cosa, siendo un principio establecido en jurisprudencia, en lo que convienen los mismos que son de opinion contraria, nos debemos atener á él.

246. Este principio sufre una escepcion del todo natural en el caso en que la cosa cuyo dominio de propiedad se quiere transferir se halla ya en su poder. Es evidente, como lo hemos ya observado *supra*, num. 206, que la convencion, por la cual el propietario conviene á retenerla como cosa á él perteneciente, basta para transferirle el dominio de propiedad. Gayo dice lo siguiente referente á este mismo caso: *Interdum etiam sine traditione, nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem quam commodavi aut locavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi; l. 9. § 5. v. de acq. rer. dom.*

Este principio sufre todavía escepcion respecto á ciertos modos de adquirir el dominio por derecho civil, que señalaremos en la seccion siguiente.

247. De este principio, esto es, que el dominio de una cosa no puede ordinariamente pasar de una persona á otra, sino por la tradicion de la cosa, se sigue que de resultas de cierta condicion que yo tenga con una persona que está obligada á darme una cosa determinada, en tanto no me haya hecho la tradicion real ó fingida, queda simplemente propietario de la misma.

Por esto sus acreedores pueden con derecho trabar embargo sobre ella, sin que me sea dable exigir, la percepcion de los frutos de esta cosa, no habiendo llegado á ser el propietario.

De esto todavía se sigue, que si, antes de que haya sido hecha la tradicion, esta persona, contra la fé de la convencion, vende ó da la cosa á otro, y se la entrega, le transfiere la propiedad, tal como ha sido resuelto por la ley *Quoties*, 15. *Cod. de rei vind.* Véase lo que á este respecto hemos dicho en nuestro *Tratado del Contrato de Venta.*

SECCION V.

De los varios modos de transmitir el dominio de propiedad por el derecho civil.

248. El dominio de propiedad de las cosas se transmite, por el derecho civil, de una persona á otra, sin tradicion ni toma de posesion, en muchos casos ya á título universal, y ya á título singular.

Se transmite á título universal en el caso de una sucesion. El difunto desde el instante de su muerte transmite á su heredero el dominio de propiedad que tenia de todas las cosas que componen su sucesion, y hasta de la posesion que tenia de las mismas, aun antes de que este heredero haya tenido conocimiento de la muerte del difunto, y hubiese tambien sabido que le habia sido conferida la sucesion. Este es el sentido del principio de nuestro derecho francés: *El muerto sucede al vivo, su más próximo heredero idóneo para sucederle.*

Como que el difunto, al tiempo de su muerte, no tenia la posesion de las varias cosas que le pertenecian, es evidente que su heredero no puede ampararse de una posesion que no tenia; pero si del derecho de propiedad de esas cosas, y de sus acciones para recobrarlas de aquellos que indebi-

damente las poseen, porque un heredero es *successor in universum jus quod defunctus habuit.*

Esta regla, *que el muerto reemplaza al vivo* no impide que el heredero á quien se ha conferido la sucesion, no tenga la eleccion de aceptarla ó renunciarla, segun esta otra regla, *no es heredero quien no quiere serlo.* Si se decide por aceptarla, su aceptacion tiene un efecto retroactivo al tiempo de la muerte del difunto; se le considera haber heredado, desde el instante de la muerte del difunto, todos los bienes y derechos que componen la sucesion (1).

Cuando un heredero, cuya sucesion le ha sido conferida la repudia, es considerado no haber nunca adquirido los bienes y derechos de esta sucesion. El difunto se presume haber, desde el instante de su muerte, hecho recaeer su herencia sobre sus coherederos, ó parientes del grado inmediato que suceden en su defecto; y si nadie quiere aceptar la sucesion el difunto continúa tener, en la persona ficticia de su sucesion vacante que le representa, todos los bienes y derechos que tenia desde su muerte, y de los que se compone su sucesion.

249. El derecho civil transmite tambien á titulo universal á un legatario universal, ó á un sustituto fideicomisario universal, el dominio de propiedad de las cosas comprendidas en los legados ó la substitucion, desde el dia de la abertura del legado ó de la substitucion aun antes de que le haya sido hecha ninguna tradicion y antes tambien de que ese legatario ó substituto fideicomisario haya tenido conocimiento de la substitucion ó del legado

(1) L. 11, tit. 6, Part. 6, L. 12. tit. 6, Part. 6, L. 138 y 139. D. de reg. jur. tit. 17, lib. 50; L. 54 D. de adquir. vel omit. hæres. tit. 2, lib. 40.

hecho á su favor: pero la posesion de las cosas comprendidas en los legados ó en la substitucion no por esto le ha sido transferida; y aunque se le considere como propietario de todas las cosas comprendidas en los legados ó la substitucion, de ningun modo le es permitido posesionarse de ellas por si propio; debe pedir al heredero se las entregue.

Cuando ha renunciado á los legados, es como si nunca nada le hubiese correspondido.

250. El derecho civil transmite tambien á título singular, en ciertos casos el dominio de propiedad de ciertas cosas antes de que intervenga ninguna tradicion. Por ejemplo, en el caso de un legado particular ó de un fideicomiso particular tambien, el derecho civil transmite al legatario ó fideicomisario el dominio de propiedad de la cosa legada ó comprendida en el fideicomiso, desde el instante de la abertura del legado del fideicomiso, que es el de la muerte del testador, cuando el legado ó el fideicomiso ha sido hecho sin condicion ó desde el dia de la existencia de la condicion cuando es condicional.

El derecho civil transfiere el dominio de la cosa al legatario fideicomisario, no solamente antes que le haya sido hecha ninguna entrega, si que tambien antes que haya tenido conocimiento del legado ó fideicomiso hecho á su favor, porque el dominio de cosa legada se transmite al legatario del mismo modo que se transmite al heredero el de los otros bienes de la sucesion; salvo que el legatario debe pedir la entrega al heredero: *Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hæreditas, hæredis res singulas; quod eo pertinet ut si pure res relicta sit, et legatarius non repudiaverit defuncti voluntatem, recta via dominium quod hæreditatis fuit, ad lega-*

tarium transeat, numquam factum hæredis; l. 80. ff. d. *leg.* 2.

251. Las adjudicaciones que se hacen en los tribunales son tambiem una manera de adquirir segun el derecho civil.

La adjudicacion transfiere de pleno derecho á la persona á quien se adjudica el dominio de propiedad de la cosa que le ha sido adjudicada, que tenia aquel sobre quien la adjudicacion es hecha, con tal que esta persona á cuyo favor se ha hecho la adjudicacion pague el precio de la misma.

252. Cuando aquel sobre quien la adjudicacion ha recaido no fuese propietario de la cosa, si esta fuese un mueble corporal que hubiese sido vendido y adjudicado al encante, la adjudicacion no deja de transmitir el dominio de propiedad á la persona á quien se ha hecho por falta de presentacion del propietario, y por haber pedido la entrega antes de la adjudicacion.

Cuando es una heredad ú otro inmueble que ha sido realmente embargado y vendido por sentencia solemne por un posesor que no era el propietario, la adjudicacion por sentencia no deja de transmitir el dominio de propiedad á la persona á quien se ha adjudicado, por falta de que el propietario se haya opuesto ó haya apelado de la sentencia antes de su ejecucion.

253. Por último, la prescripcion es una manera de adquirir por derecho civil. Trataremos de ella con la estension que se requiera en untratado á parte (1).

(1) Véanse los tomos 3 y 4 de esta coleccion.

SECCION VI.

Cómo, y por qué personas adquirimos el dominio de propiedad de las cosas.

§ I. *Por las personas que la adquirimos.*

254. Segun el derecho romano, podemos adquirir el dominio de propiedad de una cosa, no solamente por nosotros mismos, sino por medio de aquellos que están bajo nuestro poder: *Acquirimus nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate habemus;* l. 10, ff. *de acq. rer. dom.*

Segun los principios de este derecho, los esclavos primero eran tenidos como cosas de sus dueños que como personas, por cuyo motivo nada podian adquirir por su cuenta y todo lo que llegaban á adquirir, lo adquirian *ipso facto* y de pleno derecho para sus dueños, *tanquam ex re sua profectum.*

Segun los principios de este derecho, el poder que los padres tienen sobre sus hijos no se diferenciaba del de los amos sobre sus esclavos. Aunque los hijos de familia fuesen capaces de todas las funciones civiles y públicas y que pudieran tambien al igual que los padres de familia, hallarse promovidos á las mas grandes dignidades, con todo, respecto de su padre, bajo cuyo poder estaban, se les consideraba antes como cosa suya que como una persona; no podian al igual que los esclavos, apropiarse cosa alguna. Este principio, *qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest*, d. l. 10. ff. 1, era comun á los hijos de familia y á los esclavos.

En consecuencia, todo lo que adquirian cualquiera que fuese el modo y cualquiera que fuese la causa, era al instante y de pleno derecho adquirido para su padre ó abuelo paterno, bajo cuya potestad se encontraban, *tanquam ex re sua profectum:* bajo los emperadores se principió á introducir modificaciones en el derecho de pátria potestad, en cuanto á lo que adquirian los hijos de familia. Los primeros emperadores, para atraerse á los militares les concedieron muchos privilegios, y entre otros el siguiente: que lo que los militares que fueran hijos de familia adquiriesen en virtud de su profesion, les seria adquirido con tan pleno derecho como si fueran padres de familia, sin que su padre bajo cuya potestad se encontraban, nada pudiera pretender á no ser en el caso que el hijo de familia hubiera fallecido sin haber hecho ninguna disposicion á favor de otro. Llamábasele, *peculio castrense*, *peculium castrense* (1).

Juvenal habla de este privilegio en su sátira 16:

Nam quæ sunt parta labore
Militiæ, placuit non esse in corpore census,
Omne tenet cujus regimen pater.

Este privilegio no tardó en estenderse á los retirados. Seguidamente los emperadores concedieron á los hijos de familia empleados al servicio de la república ó que eran jueces ó abogados, ó que profesaban las ciencias liberales, el mismo privilegio, con respecto á los bienes que adquirian en el ejer-

(1) Lo ganado por el hijo por empleo en la carrera civil ó militar, será enteramente suyo, asimismo que las donaciones que hubiese recibido del Soberano. Esta clase de bienes se designan con el nombre de castrenses ó cuasi castrenses. L. 6 y 7 tit. 17 Part. 4, L. 6 y 7 Cod. de bon. quæ tit. 61 lib. 6; L. 12, Cod. de dignit. tit. 1 lib. 12; L. 37, Cod. de inof. testam. tit. 28 lib. 3. Ley de Matrimonio civil art. 66.

cicio de su profesion, que el que tenian los militares hijos de familia, respecto á aquellos bienes que adquirian *occasione militiæ*; y se dió el nombre, por último resultado, de *peculium quasi castrense* á los bienes que esos hijos de familia habian adquirido por este medio, porque tenian un derecho parecido al que los militares hijos de familia tenian respecto á su *peculium castrense*.

Se concedió igual privilegio respecto á los beneficios de la iglesia que recibian los de familia eclesiásticos; lo que era tambien una especie de *peculium quasi castrense*.

En cuanto á todo lo que los hijos de familia adquirian de otro modo que *ex causa castrensi*, segun el derecho de Justiniano, existia todavía una distincion. Justiniano habia conservado el antiguo derecho de los padres sobre lo que habia sido adquirido por sus hijos, solamente en cuanto á lo que los hijos adquirian *ex re patris*; por ejemplo, tales como las ganancias que habia hecho un hijo en un comercio, á cuyo efecto su padre le hubiera adelantado los fondos. A esto se llamaba *peculium profectitium*. Justiniano habia conservado para los padres segun el antiguo derecho, la plena propiedad y la plena disposicion de este peculio; el hijo no le retenia sino de conformidad con el deseo de su padre, que podia quitárselo á su antojo (1).

En cuanto á los bienes que un hijo de familia adquiria por otra parte que *ex re patris*, aunque esto no fuera *ex causa castrensi*, *aut quasi castrensi*, tales como los que el hijo de familia habia adquirido

(1) Todo lo que el hijo adquiera por razon de su padre ó con los bienes del mismo, se llama peculio *profecticio*, y es de absoluta propiedad del padre. L. 5. tit. 17 Part. 4. Justit. 55. 1 per quos. per adquir. tit. 9 lib. 2.

de la sucesion de su madre ó de sus otros padres, ó de donaciones ó legados que le habian sido hechos por sus amigos; estos bienes constituian lo que se llamaba *peculium adventitium:* el hijo, segun el derecho de Justiniano, adquiria por sí mismo la propiedad, no adquiriendo para su padre nada mas que el usufructo, durante el tiempo que debia permanecer bajo su potestad; de cuyo usufructo, con todo, el padre tenia derecho de retener la mitad, cuando por medio de la emancipacion quedaba libre de su poder. Véase el título de las instituciones *per quas pers. cuiq. acquir*, § 1. *et* 2 (1).

(1) Segun la Ley de Matrimonio civil, arts. 68 y 69, se dispone que no adquirirá el padre, ó en su defecto la madre, la propiedad ni usufructo de los bienes donados ó mandados al hijo para los gastos de su educacion é instruccion, ó con la condicion expresa de que aquellos no hubieren de usufructuarlos, si en este caso los bienes donados no constituyeren la legítima del hijo.

El padre, y en su defecto la madre, cuando gozaren del usufructo de los bienes de los hijos, tendrán las obligaciones de todo usufructuario, excepto la de afianzar respecto de los mismos bienes mientras no contrajeran segundas nupcias.

Tambien estarán obligados á formar inventario, con intervencion del Ministerio fiscal, de los bienes de los hijos respecto á los cuales tuvieren solamente la administracion.

En estos bienes de que el padre tiene el usufructo y administracion constituye lo que se llama *peculio adventicio* del hijo.

El padre no puede enajenar ni consumir ó malbaratar los bienes de este peculio. Si lo verificare, quedan obligados sus propios bienes; y si estos no fuesen bastantes para cubrir el perjuicio, podrán los hijos reivindicar los bienes de dicho peculio de sus poseedores si no fuesen herederos del padre. L. 24, tit. 13, Part. 5.ª; L. 14, Cod. de rei vindicat.

Para la seguridad de dicho peculio por la sola disposicion de la ley y sin necesidad de escritura ni acto alguno competia á los hijos antes de 1.º de enero de 1863 en que empezó á regir la ley hipotecaria, hipoteca tácita sobre los bienes de sus padres, la que se considera existente desde la fecha en que el padre se incautó de la administracion del peculio. Dicha ley 24, tit. 13. Part. 5.ª, L. 6 Cod. de bon. quæ lib., tit. 61 lib. 6. Ley hipotecaria reform., art. 354, núm. 4.

La hipoteca tácita expresada en el párrafo anterior, subsiste mientras dure la obligacion que garantice, á menos que por voluntad de ambas partes ó la del obligado se sustituya con hipotecas especiales, ó

255. En cuanto á nuestro derecho francés no existiendo la esclavitud en Francia, los principios del derecho romano acerca el derecho que tenian los amos de adquirir todo lo que los esclavos habian adquirido, no pueden tener aplicacion á no ser que sea en nuestras colonias, en donde subsiste aun la esclavitud.

El derecho que tienen los padres, segun el derecho romano, de adquirir de los hijos que están bajo su poder, no se estiende á las provincias del reino que no se hallan regidas por el derecho escrito y que se llama *país consuetudinario;* la patria potestad no tiene este efecto en estas provincias y todo lo que los hijos adquieren, lo adquieren para sí, sin que á su padre nada le corresponda.

Aunque en estas provincias, el poder que los maridos tienen sobre sus mujeres sea muy grande, y que no puedan ellas hacer cosa alguna ni adquirir sin estar autorizadas por su marido, ó por el juez en caso de denegacion ó en su defecto; sin embargo este poder al cual se hallan sometidas, no implica que lo que puedan adquirir estando autorizadas, no lo adquieran para sí mismas.

En París, y en todo el *país consuetudinario* no adquirimos de ningun modo *per eos quos in potestate habemus;* solo adquirimos *per nosmetipsos*.

256. Mas hay que observar que podemos adquirir *per nosmetipsos* el dominio de las cosas que adquirimos por ministerio de otras personas que las adquieran por nosotros y en nuestro nombre, ha-

deje de tener efecto en cuanto á tercero en virtud de providencia de liberacion. Dicha Ley hipotecaria, art. 355.

Desde 1.º de enero de 1863 compete á los hijos por los bienes de su peculio adventicio hipoteca legal sobre los bienes de sus padres por la cual tienen derecho segun determinan los arts. 162 y 202 de la Ley hipotecaria.

llándose al efecto revestidos de poder suficiente.

Por esta razon no cabe duda que los menores y los incapacitados adquieren todo lo que los tutores ó curadores adquieren para ellos, en su nombre y calidad de tutores ó de curadores: *tutor pupilli, pupillæ, similiter ut procurator, emendo nomine pupilli, pupillæ, proprietatem illis adquirit etiam ignorantibus*; l. 13. § 1.º ff. d. *acq. rer. dom.*

257. De igual modo cuando he dado poder á alguno para adquirir para mí una cosa, tan pronto que la ha adquirido y recibido en nombre y en virtud del poder que le he conferido, adquiero desde entonces, por su ministerio el dominio de esta cosa, aunque á la sazon no fuera sabedor de la adquisicion por él realizada: *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas, acquiritur etiam ignoranti*; d. l. 13, p. r.

258. Aunque una persona reciba una cosa por nosotros y en nuestro nombre, cuando no tiene ni calidad ni poder, no adquirimos el dominio de las cosas que ha recibido por nosotros y en nuestro nombre, sino desde el dia de nuestra ratificacion de lo que en nuestro nombre ha practicado. En esta atencion, si he pagado una suma en metálico que debia á alguno verificando el pago á un supuesto procurador de mi acreedor; aunque este llamado procurador haya recibido la suma por cuenta y en nombre de mi acreedor, con todo este no adquiere el dominio de propiedad de la suma en cuestion sino desde el dia que ha ratificado el pago hecho á su mal llamado procurador, y en consecuencia, solo desde este dia quedo en paz con él: Esto mismo nos demuestra Paulo: *Si ego hac mente pecuniam procuratori (id est ei qui se gerebat pro procuratore creditoris mei, quamvis mandatum non haberet) dem, ut ea ipsa creditoris fieret, propietas quidem per procuratorem (qui mandatum non habet) non adquiritur; potest tamen creditor etiam invito me ratum habendo, pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo (eam decipiendo nomine creditoris) creditoris dumtaxat negotium gessit, et ideo creditoris ratihabitione liberor; l, 24. ff. de neg. gest.*

§ II. *Como adquirimos el derecho de propiedad.*

259. Ordinariamente para que podamos adquirir el dominio de propiedad de una cosa, es indispensable que tengamos ánimo de adquirirla.

Este ánimo en cuanto á los menores que estan bajo poder del tutor, y á los incapacitados que estan tambien bajo potestad del curador se suple por el de los tutores y curadores; se les considera haber querido todo lo que los tutores y curadores han querido por ellos, en su calidad de tales.

Igualmente, respecto á las adquisiciones que hacen los gremios y comunidades, el ánimo de adquirir el dominio de propiedad de las cosas que adquieren, cuyos gremios y comunidades referidos son para ellos mismos incapaces, es suplido por el de los síndicos y administradores, cuando, en su calidad de tales, adquieren por cuenta y en nombre de dichas comunidades.

260. Nuestro principio, que para adquirir el dominio de propiedad de una cosa, es necesario tener ánimo de adquirirla, sufre muchas excepciones.

La primera es respecto á las adquisiciones que hacemos á título de accesion; las cosas que hemos adquirido á tal título, habiéndolas adquirido *vi ac*

potestate rei nostræ, por esto solo, ó porque nacen de una cosa de nuestra pertenencia, ó porque tan solo forman parte de una cosa nuestra. Esta adquisicion se hace de pleno derecho, aun sin saberlo, y por consiguiente sin que haya necesidad de tener ánimo de adquirir las cosas que hemos de esta manera adquirido.

261. Hay segunda excepcion respecto á las cosas que componen una sucesion que nos ha sido dada. El dominio de propiedad de todas estas cosas, es adquirido desde el instante de la muerte del difunto, por el cual nos ha sido conferida su sucesion, aun antes de haber sido sabedores de su muerte y de la sucesion hecha á nuestro favor, y por consiguiente antes qne hubiésemos podido tener ánimo de adquirirlas.

Pero como, segun una regla de nuestro derecho francés, *no es heredero quien no quiere*, aquel á quien la sucesion ha sido otorgada no es considerado quedar en posesion desde el instante de la muerte del difunto sino en el solo caso en que, de seguida, él ó aquellos á quienes en derecho corresponde aceptan esta sucesion; pero si en lugar de aceptar renuncian, será lo mismo como si nunca hubieran estado en posesion de esta sucesion, ni haber adquirido ninguno de los bienes que la componen (1).

262. Nuestro principio, que para adquirir el dominio de propiedad de una cosa, es necesario que tengamos ánimo ó voluntad de adquirirla, sufre una tercera escepcion en cuanto á las cosas que nos son legadas por testamento. El dominio de propiedad de esas cosas lo adquirimos con pleno dere-

(1) Tot. tit. D. adquir. vel. om. hær. tit. 2, lib. 29; L. 16 Cod. de jur. delib. tit. 30, lib. 6. L. 14, tit. 6, Part. 6.

cho, *statim atque dies legati cessit*, es decir, desde el instante de la muerte del testador, cuando el legado se ha hecho sin condicion; ó desde el instante de verificarse la condicion, si el legado es condicional, aunque no tuviéramos todavía conocimiento ni de la muerte del testador, ni del legado que nos ha hecho, y por consiguiente antes que hayamos podido tener el ánimo de adquirir las cosas legadas, á no ser que seguidamente repudiáramos el legado; porque en este caso, seria lo mismo como si nunca hubiéramos adquirido las cosas que nos han sido legadas. Esto mismo nos dice el jurisconsulto: *Si pure res relicta sit, et legatarius legatum non repudiaverit, recta via dominium quod hæreditatis fuit, ad legatarium transit, nunquam factum hæredis; l.* 80, ff. *de leg.* 2. Continúa diciendo: *legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hæreditas, hæredis res singulas; d. l.* 80.

Obsérvese que aunque el legatario haya adquírido, desde el instante de la muerte del testador, el dominio de las cosas que le han sido legadas, no le es con todo permitido ponerse por sí mismo en posesion; debe recibirla de manos del heredero: *æquissimum visum est unumquemque non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis, sed hærede petere; l.* 1 § 2, ff. *quod legatorum, etc.*

263. Para que podamos adquirir el dominio de propiedad de una cosa, ya sea por derecho de ocupacion, ya por la tradicion que nos ha sido hecha por el dueño de la misma, aparte de que hemos de tener ánimo de adquirirla, es necesario que intervenga de nuestra parte algun hecho corporal por medio del cual podamos verificar la aprehension, ó bien recibirla del que nos ha hecho la tradicion. No es, sin embargo necesario que esto sea por

nuestro propio hecho; podemos adquirir el dominio de propiedad de una cosa por el hecho de otro que la aprehende, ó que la reciba por nosotros y en nuestro nombre.

SECCION VII.

Como se pierde el dominio de propiedad.

264. Perdemos el dominio de propiedad de las cosas que nos pertenecen, ó por nuestra voluntad, ó alguna vez sin quererlo, y á pesar nuestro.

§ I. *En cuales casos perdemos, por nuestra voluntad, el dominio de las cosas que nos pertenecen.*

265. Una persona pierde por su voluntad el dominio de propiedad de una cosa que le pertenece, cuando usando de sus derechos y con capacidad de enagenar, verifica la tradicion de esta cosa á alguno á quien quiere transferir ese dominio.

Es evidente que las personas que no son capaces de enagenar no pueden, por su voluntad, enagenar el dominio de las cosas que les pertenecen (1).

Véase lo que queda dicho *supra* sec. 4, n.° 225.

266. Asi como la voluntad de las personas que están bajo poder de tutores y curadores, queda suplida por la de estos para adquirir el dominio de propiedad de las cosas que en calidad de tales adquieren por ellas, considerándoseles haber tenido la voluntad de adquirir el indicado dominio de propiedad de las cosas que han adquirido por ellas, del

(1) Cod. de la Rep. Argentina, art. 103.

propio modo, la voluntad de esas personas se suple por la de los tutores y curadores, respecto á las cosas de su pertenencia, que sus tutores ó curadores enajenan en la dicha calidad de tales, sin extralimitarse por esto de los límites de su administracion; y, en virtud de su voluntad suplida por la de sus tutores y curadores, se les supone haber perdido el dominio de propiedad que tenian de las cosas que sus tutores y curadores han de este modo enajenado.

De igual modo tambien, la voluntad cuyos gremios y comunidades son incapaces, queda suplida por la de sus síndicos y administradores, relativamente á lás cosas pertenecientes á dichas sociedades, que los indicados síndicos y administradores, sin excederse de los límites de su administracion, enajenan en la susodicha calidad de tales, considerándose á aquellas haber perdido, por su voluntad suplida por la de los síndicos y administradores, el dominio de propiedad de las cosas que estos han enajenado.

267. Una persona, usando de sus derechos y capaz de enajenar, puede perder el dominio de propiedad de una cosa que le pertenece, no solamente haciéndola transmitir por medio de la tradicion á tercera persona; puede igualmente perderlo por el simple abandono que puede hacer de la cosa cuyo dominio no quiere tener mas: *Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse dessinit, et occupantis* (por haber llegado á ser *res nullius*, por la abdicacion que hemos hecho de ese dominio) *fit, quia iisdem modis res dessinunt esse nostra quibus adquisitur;* l. 1. ff. *pro derel.* (1).

(1) Cod. de la Rep. Argentina, art. 102, LL. 49 y 50 tit. 28, Part. 3.—LL. 1 y 2 Dig. Pro derelict.

Próculo opinaba que esta persona, á pesar de este abandono, conservaba siempre el dominio de la cosa abandonada, hasta que otro se hubiese puesto en posesion, pero ha prevalecido la opinion contraria: *Sed Proculus non desinere eam domini esse, nisi ab alio possessa fuerit. Julianus desinere quidem amittentis esse, non fieri alterius, nisi ab alio possessa fuerit; et recte:* l. 2, § I, ff. *d. tit.*

Hay que tener en cuenta que la cosa cuyo dominio he perdido por el abandono que de la misma he hecho, viniendo á resultar una cosa que no pertenece á nadie, hasta tanto que alguno, como primer ocupante, se haya puesto en posesion de ella, puedo hasta entonces, si me llego á arrepentir del abandono sufrido, recuperarla, y, al verificarlo, adquirir nuevamente el dominio de propiedad.

268. Se ha suscitado la cuestion si hay posibilidad de abandonar el dominio de una cosa por una parte indivisa de la misma. No cabe duda que el que solo tiene el dominio de propiedad de una cosa por una parte indivisa, puede abandonarla por la parte que tenga; pero el que tiene el dominio de propiedad por el total de una cosa, no puede abandonarlo por una parte indivisa, y retenerlo por lo restante; porque verdaderamente uno no abondona una cosa sino cuando nada en ella se tiene: *An pars pro derelicto haberi possit, quæri solet. Et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, ejus esse desinit ut hoc si in parte, quod in toto: atque totius rei dominus, efficere non potest ut partem retineat, partem pro derelicto habeat;* l. 3, ff. *pro derel.* (1).

269. No sucede lo mismo respecto á una porcion dividida de una cosa. No hay duda, por ejemplo, que puedo yo perder el dominio de propiedad de un pedazo de tierra que formaba parte de mi heredad, con abandonarlo y retener lo restante de la heredad; porque dicho pedazo de tierra es una cosa real que abandono por el total y del que no retengo nada; en vez de que la porcion indivisa de una cosa es algo que solo subsiste en el entendimiento, y que no puede formar la materia de un abandono real.

(1) Cod. de la Rep. Argentina, art. 103.

Nótese que aquellos que, en una tempestad, para aligerar el buque, arrojan al mar las mercancías contenidas en él, seguramente que no es su ánimo perder el dominio de propiedad de las mercancías que han sido arrojadas; su deseo no es otro al echarlas, que alijerar el buque; conservan pues el dominio de propiedad; y si seguidamente, esas mercancías han sido sacadas del mar, ó apartadas sobre la orilla, pueden reivindicarlas como cosas de su pertenencia, satisfaciendo los gastos; y los que de las mismas se apoderasen cometerian un verdadero robo.

Precisamente esto mismo nos dice Gayo, en la ley 9, § 8, ff. *de aq. rer. dom.* quien despues de haber tratado de las cosas *quæ pro derelictis habentur,* dice: *Alia causa est earum rerum quæ in tempestate maris, levandæ moris causa ejiciuntar; hæ enim dominorum permanent, quia non eo animo ejiciuntur, quod quis eas habere non vult, sed quod magis cum ipsa nave periculum maris effugiant: qua de causa si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit.*

Lo propio sucede, dice Julian, cuando un hombre, encontrándose con una carga demasiado pesada, dejara en el camino una parte de la misma, con el deseo de volver por ella; l. 8, ff. *de L. Rhod.*

271. Cuando un deudor, en virtud de la denegacion hecha por el acreedor de recibir una cantidad de dinero que le debia, la consigna; aunque por la consignacion que ha hecho, si es juzgada valedera, quede libre de su deuda, y que las especies consignadas, despues de verificada la consignacion, vengan á parar á cargo y riesgo del acreedor; con todo, como al consignarlas, no ha sido su ánimo abdicar pura y simplemente el dominio de propiedad, sino el hacerlo pasar al acreedor, cuando este juzgue conveniente retirar de la consignacion las indicadas especies; conserva, á lo menos en cuanto á la sutilidad del derecho, el dominio de las especies consignadas, hasta que el acreedor haya adquirido su dominio, retirándolas de la consignacion.

Véase nuestro *Tratado de las Obligaciones* n. 580.

272. El propietario de una heredad sobre la cual pesa una renta en bienes raices, que abandona su posesion para descargarse de la renta, pierde el dominio de propiedad tan pronto que esa dejacion ha sido hecha en regla, aunque el señor de otra renta no haya todavía aceptado el abandono, porque esta es una abdicacion pura, simple y absoluta que el que la verifica hace de su derecho de propiedad notificado al señor de renta en bienes raices; y sucede esto por la sencilla razon de que el que hace la dejacion cesa, desde el dia que la verifica, de ser propietario de la heredad, que desde este dia cesa de responder de la renta. Pero como por ese abandono, la enajenacion que el señor de la renta en bienes raices ó sus autores habian hecho de la heredad por el arrendamiento á renta queda anulada, y que el señor de renta en bienes raices adquiere el derecho de reivindicar el dominio enajenado; aunque hasta que esto suceda, la heredad sea una cosa que á nadie pertenezca, sin embargo á nadie asiste el derecho de apoderarse de la misma en su perjuicio.

273. Un deudor que hace á favor de sus acreedores cesion y renuncia de sus bienes, ya sea judicialmente, ya por medio de transaccion, no pierde en virtud de esta renuncia el dominio de propiedad de las cosas de su pertenencia, comprendidas en esta renuncia hasta tanto que, trabándose ejecucion, han sido vendidas por los acreedores y hecho entrega de las mismas á los que las hayan comprado: esta renuncia no es otra cosa que un poder que confiere á sus acreedores para gozar de sus bienes y venderlos para satisfacerse de sus créditos, tanto por medio de la renta como por medio del precio: *Is qui bona cessit ante rerum venditionem, utique bonis suis non caret;* l. 3. ff. de cess. bon.

§ II. *En que casos perdemos, sin nuestro consentimiento el dominio de propiedad de las cosas que nos pertenecen.*

274. Un deudor pierde, sin su consentimiento, el dominio de propiedad de las cosas que le pertenecen, por la venta que de ellas han hecho sus acreedores mediante embargo.

Un deudor pierde igualmente, sin su consentimiento, el dominio de propiedad de una cosa que le pertenece, cuando, al ejecutarse la sentencia por la cual viene condenado á darla á una persona á quien tenia obligacion de darla, se vé despojado de la misma *manu militari*.

Del propio modo perdemos, sin nuestro consentimiento, el dominio de propiedad de las cosas por causa de utilidad pública, como cuando el rey se

apodera de mi campo para convertirlo en carretera real.

275. Tambien perdemos el dominio de las cosas que nos pertenecen, cuando en tiempo de guerra nos han sido tomadas por el enemigo; porque, en virtud del derecho de gentes y las leyes de la guerra, el propietario de estas cosas queda de tal modo despojado de las mismas, que aun cuando fueren recobradas del enemigo por un corsario francés, el antiguo propietario no recobraria su dominio, sino que corresponderia al que las ha vuelto á tomar del enemigo, como hemos visto ya *supra*, núm. 97; siempre que la cosa no haya sido recobrada á lo menos antes de haber permanecido veinticuatro horas en poder del enemigo; si antes de dejar transcurrir este tiempo fuera recobrada, se considera que el propietario no ha llegado á perder la propiedad.

Ese derecho de gentes que transfiere el dominio de propiedad de las cosas tomadas al enemigo que se ha apoderado de las mismas, solo tiene lugar en caso de una guerra solemnemente declarada entre dos soberanos que tienen derecho de hacerlo.

Otra cosa sucede en las guerras civiles; en estas no perdemos el dominio de propiedad de las cosas que nos pertenecen cuando los de la faccion concontraria se han apoderado de dichas cosas por la fuerza. Esto mismo opina Grotio, *de jure belli et pacis*, lib. 9, tit. 9, n. fin. Con mayor razon, pues, no perdemos el dominio de aquellas que nos han sido sustraidas por lor piratas y por los ladrones.

276. Finalmente perdemos, sin nuestro consentimiento y aun sin saberlo, el dominio de propiedad de una cosa de nuestra pertenencia, cuando el que la posee, la llega á adquirir por derecho de

prescripcion. Tan pronto como ese posesor, por él ó por sus autores, ha concluido el tiempo de la posesion exigido para la prescripcion, la ley que ha establecido la prescripcion nos priva de pleno derecho del dominio de propiedad que de esta cosa teníamos, y lo transfiere al posesor.

277. Por lo demás, no perdemos el dominio de propiedad de una cosa por el mero hecho de que hayamos perdido la posesion, y aunque ignoremos completamente las manos en que se halla.

Por esto, si un lobo se ha llevado un cerdo mio, no pierdo el dominio de propiedad de este cerdo mientras exista, y que el lobo no lo haya aun devorado; así pues, si alguno habiendo hallado al lobo con la presa, ha conseguido por medio de sus perros que la abandonara, está en la obligacion de devolverme el cerdo, si llego ha justificar que el lobo lo ha cogido de mi rebaño: *Quum pastori meo lupi porcos eriperent; hos vicinæ villæ colonus, cum robustis canibus quos pecoris sui gratia pascebat consecutus, lupus eripuit, aut canes extorserunt....... melius est dicere, et quod a lupo eripitur nostrum manere tamdiu quamdiu recipi possit id quod ereptum est..... licet non animo furandi fuerit colonus persecutus..... tamen quum reposcenti non reddit, supprimere et intercipere videtur: quare furti teneri eum arbitror; l.* 44. ff. *de acq. rer. dom.*

278. Este principio, á saber, que no perdemos el dominio de propiedad de las cosas que nos pertenecen, por el mero hecho solo de haber perdido la posesion, sufre excepcion en cuanto á las cosas que por su naturaleza permanecen en estado de comunidad negativa, tales como los animales salvajes mientras son libres. Perdemos el dominio de propiedad de estos animales tan pronto que han

cesado de estar en nuestro poder y que han vuelto á su estado de libertad natural: *Quidquid eorum ceperimus,* dice Gayo, *eo usque nostrum esse intelligitur, donec custodia nostra coercetur, quum vero evaserit custodiam nostram et in libertatem naturalem se receperit, nostrum esse desinit, et rursus ocupantis fit;* l. 3. § 2, ff *de acq. rer. dom. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, quum vel oculos nostros effugerit, vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit ejus persecutio; l.* 5, ff. d. tit.

279. En cuanto á los animales salvajes que hemos domesticado, que tienen la costumbre de salirse de la jaula por breves ratos y volver á ella, se les considera entrar en nuestro poder mientras conservan esta costumbre; pero si se han escapado y no han vuelto á aparecer durante un considerable espacio de tiempo por el cual puede creerse con fundamento que han perdido la costumbre de volver, se considera no tenerlos ya mas en nuestro poder, y por consiguiente haber perdido su dominio: *In is animalibus quæ consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intelligantur, donec revertendi animum habeant; quod si desierint revertendi animum habere, dessinant nostra esse, et fiant occupantium. Intelligitur autem desiisse revertendi animum habere, tunc quum revertendi consuetudinem deseruerint; l.* 5, § 5, ff. d. tit. (1).

280. El mar y sus orillas siendo cosas que pertenecen al número de aquellas que llamamos *res communes* que han quedado en el estado de comu-

(1) Los animales amansados ó domésticos son propios del que los ha reducido á esta condicion, mientras se mantienen en ella. Cuando recobran su primitiva libertad, dejan de pertenecer al que fué su dueño y son del primero que los ocupa. (Ley de caza, art. 4.)

nidad negativa, si he construido un edificio sobre el mar ó sobre su orilla, adquiero el dominio de propiedad de la porcion de mar ocupada por mi edificio mientras la esté ocupando; pero si mi edificio llega á destruirse, no ocupando mas esta parte del mar ú orilla, pierdo el dominio de propiedad que habia adquirido de esta parte de mar ú orilla, la cual vuelve á su primer estado de cosa comun, cnya propiedad á nadie pertenece. Esto mismo nos dice Neratio: *Illud videndum est, sublato ædificio quod in littore positum erat, cujus conditionis is locus sit? hoc est, utrum maneat ejus cujus fuit ædificium, an rursus in pristinum statum recidat, perindeque publicus sit, ac numquam in eo ædificatum fuisset? quod propius est ut existimari debeat, si modo recipit pristinam littoris speciem; l.* 4, § 1. *d. tit.* (1).

SEGUNDA PARTE.

Del dominio de propiedad qüe tenemos de cosas particulares, nace una accion que se llama *accion de reivindicacion.* Del dominio que tenemos de una heredad que la ley nos ha conferido, nace una accion contra aquellos que nos la disputan, que se llama *peticion de heredad.* Trataremos pues en el primer capítulo de la accion de reivindicacion y en el segundo de la peticion de la heredad (2).

(1) Véase la ley sobre dominio aprovechamiento del mar litoral y de sus playas y servicio de puertos de 7 de Mayo de 1880.

(2) Ley 29 tit. 2 Part. 3. L. 52 D. de acq. rer. domin. tit. 1 lib. 41 L. 3 § 2 D. de acq. vel amit. posses. tit. 12 lib 41.

Capítulo Primero.

De la accion de reivindicacion.

281. La accion de reivindicacion es una accion que nace del dominio de propiedad que cada uno tiene de las cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido de las mismas la posesion, la reclama y la reivindica contra el que la tiene, y hace que sea condenado á restituírsela (1).

La accion de revindicacion es una accion real, puesto que nace de un derecho real que alguno tiene en una cosa; esto es, del dominio de propiedad que tiene de esta cosa.

Aunque esta accion sea real, tiene con todo algunas veces conclusiones personales que le son accesorias, las cuales nacen de algunas obligaciones que el posesor de la cosa reivindicada ha contraido, con respecto á esta cosa, para con el demandante.

Al tratar de esta accion de reivindicacion, veremos en el primer artículo, qué cosas pueden ser objeto de esta accion; por quien puede darse y contra quien. En el segundo artículo veremos lo que debe observar el propietario antes de entablar demanda de reivindicacion; lo que debe practicar al entablarla, y cual es el efecto de la demanda de reivindicacion durante se sustancía el proceso. En el tercer artículo examinaremos cuando al demandante en reivindicacion de una heredad ó renta debe considerársele haber justificado su derecho de propiedad. Trataremos en el artículo cuarto, de la res-

(1) Véase Moletor *De la reivindicacion* N. 1, Cod. de la Rep. Argentina art. 9 lit. 9, cap. 1.º

titucion que debe hacerse de la cosa reivindicada, cuando el demandante ha conseguido su demanda; en el quinto artículo, de las varias prestaciones personales á los cuales el posesor, de quien la cosa se reivindica, viene algunas veces obligado para con el demandante en reivindicacion; en el sexto artículo, de aquellas á las que el demandante en reivindicacion, viene algunas veces obligado hácia el posesor, para que le deje en posesion de la cosa reivindicada.

ARTÍCULO PRIMERO.

Que cosas pueden ser objeto de la accion de reivindicacion; por quien y contra quien puede usarse.

§ I. *Qué cosas pueden ser objeto de la accion de reivindicacion.*

282. Todas las diferentes cosas particulares, cuyo dominio de propiedad tenemos, pueden ser objeto de la accion de reivindicacion, tanto los muebles como los inmuebles: *Hæc specialis in rem actio locum habet in omnibus tam animalibus quam his quæ anima carent, et in his quæ solo continentur: l.* 1, § 1. ff. *de rei vindic.* (1).

En nuestro derecho, á la accion de reivindicacion de muebles corporales, se le da el nombre de *reintegracion*, que le es peculiar. En el artículo siguiente diremos el por qué.

Cujas, en su obra *ad libros Dig. Juliani*, lib. 78, sobre la ley 56, *de rei vindic*, que ha sido impresa, observa, que por el derecho romano, la accion de

(1) Art. 4 tit. 9, Cap. 1.º Cod. de la Rep. Argentina.

reivindicacion no tenia lugar sino para las cosas corporales. En nuestro derecho francés nada veo que impida que el propietario de una cosa incorporal, por ej, de un derecho de feudo, del derecho de gavillas del señor, ó de una renta, cuando ha perdido la posesion, no pueda usar de la accion de reivindicacion contra un tercero que la posea, del mismo modo que se da para las cosas corporales.

283. Solo las cosas particulares pueden ser objeto de esta accion. Una universalidad de bienes, tal como una sucesion, cuando nos ha sido litigada por alguno, no da lugar á la accion de reivindicacion, sino á una especie de accion, que es la peticion de la herencia de la que nos ocuparemos en el próximo artículo (1).

Lo mismo sucede en la universalidad de bienes de una persona muerta sin heredero, los cuales pertenecen á un señor á título de bienes caducos; ó del peculio de un religioso difunto, que pertenecen al abad ó al monasterio; el pleito sobre el dominio de esas universalidades de bienes da lugar á una accion para instar la peticion de herencia, y no á la de reivindicacion.

No hay que confundir con la universalidad de bienes lo que solo es universalidad de cosas, tal como un rebaño de carneros, una yeguacería de caballos; estas especies de universalidad solo son consideradas como cosas particulares, y pueden ser

(1) La universalidad de cosas como un rebaño, una biblioteca, son siempre consideradas como cosas particulares y no como universalidades. Para que haya lugar á la accion de reivindicacion es preciso que el objeto sea una cosa corporal. La herencia es inseparable de la calidad de heredero. Es preciso pues, llamarse heredero, para pretender el todo ó una parte de la herencia. No se puede reivindicar sino *res singula* que se encuentra en la herencia, ó en el patrimonio de una persona cualquiera. Cod. de la Rep. Arg. art. 9, lit. 9, cap. 1.°

objeto de la accion de reivindicacion: *Posse etiam gregem vindicari Pomponius, libro lectionum* 25.°; *idem de armentis et de equitio; l.* 1, § 3, ff. *de rei. vind.*

284. La accion de reivindicacion, siendo una accion por la cual el propietario de una cosa la reivindica de aquel que se halla en posesion, dedúcese de esto que las cosas que á nadie pertenecen, tales como aquellas que son *divini aut publici juris*, no pueden ser objeto de la accion de reivindicacion.

Pero cuando dentro el perímetro de una heredad existe una capilla, aunque esta capilla sea *res divini juris*, y que en consecuencia, *in se*, considerada separadamente, no sea susceptible de la accion de reivindicacion; con todo, viene comprendida en la accion de reivindicacion de la heredad, como una dependencia de la misma.

285. Segun la sutilidad del derecho romano, cuando una cosa, cuyo dominio de propiedad me era propia, se encontraba de tal manera unida á otra de vuestra pertenencia, que pareciera ser una parte accesoria, no podia reivindicarla mientras que de esta suerte permaneciera unida á la misma, porque, durante este tiempo se la considera no tener una existencia particular, y sí tan solo una parte de la vuestra á la cual estaba unida; es pues necesario, que recurra á la accion *ad exhibendum* contra usted para obligarle á separarla y exhibírmela y solo despues de haber sido esta cosa separada y recobrado la existencia particular que tenia antes de la union, y haber tambien yo recobrado el dominio de propiedad que tenia de la misma, podria reivindicarla: *Quæcumque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohærent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut reparen-*

tur, et jure vindicentur; l. 23, § 5, ff. *de rei. vind.*

En nuestro derecho no hay este apego á tales sutilidades, y soy de opinion que cuando he perdido la posesion de una cosa de la que tengo el dominio de propiedad, puedo reivindicarla de aquel que la posee, aunque esté unida á una cosa de su pertenencia, de la que forme parte accesoria; y en último resultado, puedo fundadamente en virtud de esta accion obligarle á separarla y devolvérmela. Véase *supra*, n.° 177 y el siguiente.

§ II. *Por quién puede intentarse la accion de reivindicacion.*

286. Regularmente esta accion no pertenece mas que á aquel que tiene el dominio de propiedad de la cosa reivindicada, y solo por él puede intentarse: *In rem actio competit, ei qui, aut jure gentium, aut jure civili, dominium acquisivit, l.* 23, ff. *de rei. vind.*

De esto se sigue que el comprador de una cosa que todavía no le ha sido entregada, no puede con fundamento entablar demanda de reivindicacion de esta cosa, porque aun no tiene el dominio de propiedad, que tan solo puede adquirir en virtud de la tradicion que debe hacérsele en cumplimiento del contrato: *Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione (in rem) agi poterit, antequam traditus sit, tuncque (id est tunc post traditum sibi agrum, dominiumque quæsitum, possessionem agri emptor emisserit), possessio amissa sit; l.* 50.

287. Por la misma razon, si un sujeto ha comprado, para sí y en su nombre, una cosa con una cantidad de dinero que le ha dado V. en depósito, no puede V. con derecho entablar demanda de rei-

vindicacion de esta cosa, aunque adquirida con vuestro dinero; en razon á que no tiene V. el dominio de propiedad, no habiendo sido adquirida por ni en nombre de V.: *Si ex ea pecunia quam deposueris, is apud quem collocata est, sibi possessiones comparavit, ipsique traditæ sunt, tibi vel tradi, vel quasdam ex his compensationis causa ab invito eo in te transferri injuriosum est; l.* 6, *Cod. de rei. vind.*

Ocurren, sin embargo, algunos casos en el derecho, en que, contra el rigor de los principios, se concede al dueño de la suma con que la cosa ha sido comprada, la reivindicacion de la misma.

288. No es necesario, para poder intentar esta accion, que el dominio que tenemos de la cosa reivindicada sea un dominio perfecto é irrevocable: aunque debamos perderlo al cabo de cierto tiempo, ó por resultado de alguna condicion, interin tengamos el dominio de la cosa, podremos reivindicarla: *Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire á nobis speratur, si conditio legati vel libertatis extiterit; l.* 66, ff. *de rei. vind.*

Por ejemplo: el propietario de una heredad gravada de substitucion, puede reivindicarla, mientras que esta no comience á realizarse.

289. Tampoco es necesario que el dominio de propiedad que tenemos de la cosa reivindicada sea una propiedad plena: aunque solo tenga la nuda propiedad de una cosa, perteneciendo á otro el usufructo, tengo derecho de reivindicarla; porque, aunque no tenga el usufructo, no dejo de ser propietario por el total; siendo el usufructo una servidumbre ó una carga, antes que una parte de la cosa: *Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam quum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter; nec*

falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius; l. 25, ff. *de verb. signif.*

290. Tampoco es de necesidad, en nuestro derecho francés, para que tengamos la reivindicacion de una cosa, que estemos en posesion del dominio directo; es suficiente el dominio útil; un enfiteuta, un prestamista, tienen esta accion.

291. El que tan solo tiene en parte el dominio de una cosa, puede reivindicarla por la parte que tenga, aun cuando la cosa no fuera susceptible de partes reales, y si solo de partes intelectuales: *Eorum quoque, quæ sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat; l.* 85, § 3, *de rei. vind.*

292. Aunque por regla general la accion de reivindicacion de una cosa solo pertenezca al propietario, se concede con todo algunas veces al que no reviste este carácter, pero que estaba en camino de serlo, caso de haber perdido la posesion.

Porque si aquel que poseía de buena fé, en virtud de justo título, una cosa de la que no era propietario, ha perdido su posesion antes de cumplir el tiempo requerido para la prescripcion, tiene derecho á reivindicarla por la accion de reivindicacion contra los que la poseen sin título, aunque no sea propietario de la misma.

Esta accion es la que llamamos en derecho *actio publiciana*. Está fundada en la equidad, que quiere que el que era justo posesor de una cosa, y que, aun cuando todavía no fuera propietario, estuviera en camino de serlo, sea preferido para obtener esta cosa, cuando se ha perdido la posesion, á un usurpador que injustamente se ha posesionado de la misma.

293. No es precisamente necesario que el título en virtud del cual he poseido la cosa, sea legítimo;

basta que haya tenido motivo de creerlo justo, para podérseme considerar justo posesor de la cosa, y para poder hacer uso de esta accion en caso de haber perdido la posesion. Por ejemplo, si un loco, ignorando yo que lo fuera, me ha vendido y entregado una cosa, aunque la venta que me ha hecho, en virtud de la cual he poseido esta cosa, fuese nula, sin embargo no habiéndome apercibido de su falta de razon, he tenido motivo para creerla valedera; lo cual es suficiente para considerárseme haber sido justo posesor, y para que pueda valerme de esta accion contra el usurpador que me hubiera arrebatado la posesion: *Marcellus scribit eum qui a furioso (furiosus*, en lenguaje de los jurisconsultos, se toma por loco), *ignorans eum furere, emit, posse usu capere; ergo et publicianam habebit; l.* 7, ff. *de Pub. act.*

En general, la opinion de un justo título, aunque erróneo, cuando tiene un fundamento justo, equivale al título, y basta para esta accion, al igual que para la prescripcion, como tendremos ocasion de verlo en nuestro Tratado de la prescripcion.

294. Ordinariamente el antiguo posesor de buena fé, que todavía no es propietario, solo puede reivindicar la cosa, cuya posesion ha perdido, contra los que la poseen sin título; si despues de haberla perdido, la posesion de esta cosa hubiese pasado á manos del verdadero propietario, es evidente que no podria de ley reivindicarla contra él. En este caso, *exceptio justi dominii publicianæ objicienda est; l.* 16, ff. *de publ. act.*, porque observa muy bien Neratio, *publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur, l.* 17, *d. tit.*

El antiguo posesor de buena fé no puede tampoco reivindicar la cosa cuya posesion ha perdido, contra un posesor que, sin ser propietario, la poseyese

en virtud de justo título, como lo veremos *infra;* porque ambas partes, encontrándose en este caso en condiciones iguales, tiene la preferencia el actual posesor: *In pari causâ potior causa possessoris.*

295. Hay, sin embargo, algun caso en que el antiguo posesor de buena fé puede reivindicar la cosa cuya posesion ha perdido, aun contra el primer propietario, y, con mayor motivo, contra otro posesor de buena fe.

Sucede el primer caso, cuando el propietario que está en poder de la cosa cuya posesion he perdido, ha consentido la venta que me ha sido hecha, ó algun otro título en virtud del cual la poseía; como en la especie que señala Papiniano.

El propietario de una cosa ha prohibido á su procurador, el cual la habia vendido mediante su consentimiento, el verificar la tradicion al comprador, la tradicion hecha al comprador no le ha transferido la propiedad, habiendo sido hecha contra la voluntad del propietario. Sin embargo, como la equidad no consiente que quebrante el consentimiento que ha dado para la realizacion de la venta, no solamente no podrá reivindicarla contra el comprador que la poseyera, el cual opondria contra su accion *exceptionem doli*, sino que aun en el caso que el comprador hubiese perdido la posesion de esta cosa que estuviese en poder del propietario, podria reivindicarla, *per actionem publicianam*, contra el propietario: *Papinianus scribit: Si quis prohibuit vel denunciavit, ex causa venditionis tradi rem quæ ipsius voluntate fuerat, distracta, et is nihilominus tradiderit, emptorem tuebitur prætor, sive possideat, sive petat rem; l.* 24, ff. *de publ. act.*

Si contra la accion publiciana que el comprador intentara contra el propietario, este opone *exceptionem dominii*, aquel opondrá contra esta excepcion el consentimiento que ha dado para la venta: *Si non actor meus voluntate tua vendidit; d. l.* 14.

El segundo caso en que el antiguo posesor de buena fé de una cosa de la que ha perdido la posesion, puede reivindicarla valiéndose de la accion publiciana, aun contra el propietario de esta cosa, es cuando este propietario es ó el que se la habia vendido y entregado antes de llegar á ser propietario, ó alguno que la posee de ese propietario; como en el caso que cita Ulpiano: Usted ha comprado á Titio una cosa que pertenecia, no á él, sino á Sempronio. Despues de la tradicion que Titio le ha hecho á V., este ha llegado á ser propietario, habiendo sido heredero de Sempronio. Posteriormente ha perdido V. la posesion de esta heredad. Titio, que la habia vendido á V., se ha puesto ilegalmente en posesion, y la ha vendido á Mœvio, á quien ha transferido el derecho de propiedad en virtud de la tradicion de la heredad que le ha sido hecha. Ulpiano opina que puede V. con derecho intentar la accion publiciana contra Mœvio, á fin de reivindicar la finca, sin que pueda válidamente alegar excepciones de su derecho de propiedad; porque Mœvio habiendo adquirido la heredad de Titio, el cual la habia vendido á V. y entregado, este no pudo haberle transferido un derecho de propiedad sino tal cual él lo tenia. Puesto que el derecho de propiedad que Titio tenia solo lo era, enfrente del de V., *quantum ad subtilitatem juris;* enfrente del de V., no era un verdadero derecho de propiedad del cual pudo válidamente haber alegado excepciones contra la accion publiciana que contra él tenia V. derecho á intentar; Mœvio, que solo tiene el mismo derecho que tenia Titio, tampoco puede alegar excepciones:

Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto; deinde Titius Sempronio hæres extiterit, et eumdem (cuya posesion perdió V. recayendo en Titio) *fundum Mævio vendiderit et tradiderit; Julianus ait æquius esse prætorem te tueri; quia etsi ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata, vel doli mali summoveretur: et si ipse eum possideret, et publiciana peteres, adversus exceptionem, si non suus esset, replicatione uteris; ac per hoc intelligeretur eum fundum rursum vendidisse quem in bonis non haberet;* l. 4, § 32, ff. *de dol. et met. except.*

297. La equidad puede aun, en otros casos, hacer admitir al antiguo posesor de buena fé de una cosa, cuya posesion ha perdido, para reivindicarla por medio de la accion publiciana, aun contra aquel que con posterioridad haya llegado á ser propietario; como en el caso de la ley 57, ff. mand.

§ III. *Contra quien debe presentarse la accion de reivindicacion.*

298. El propietario que ha perdido la posesion de una cosa, debe presentar la accion de reivindicacion contra aquel que encuentra en posesion de esta cosa.

¿Puede tambien presentarse contra el que está en posesion en nombre de otro, ó solo debe ser presentada contra el que la posee en nombre propio? Ulpiano, sobre esta cuestion, opina, contra el parecer de los Proculianos, que la accion de reivindicacion, está bien presentada contra todos los que se hallan en posesion de una cosa, de cualquier modo y á cualquier título que estén en la misma, ya sea en su nombre, ó bien en nombre de otro : *Pegasus ait ab eo apud quem deposita est vel commodata, vel qui eam conduxerit..... quia hi omnes non possident,* (*suo nomine, sed sunt in possessione nomine ejus qui rem deposuit, aut commodavit, aut locavit*) *vindicari non posse: puto autem ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse;* l. 9, ff. de reivind.

En nuestro derecho, cuando encuentro yo un hombre en posesion de mi heredad, no pudiendo precisar si la posee en su nombre ó como arrendatario, la demanda de reivindicacion que contra él he presentado está en su lugar. Pero cuando, sobre esta demanda, ha declarado que solo la posee como arrendatario de fulano, debo citar al arrendador, cuyo nombre y domicilio debe manifestarme: porque la cuestion sobre el dominio de propiedad de la cosa reivindicada no puede sustanciarse ni juzgarse con el arrendatario que no pretende tener ese dominio; solo puede ventilarse con el posesor de la heredad por medio de su arrendatario, el cual, en su calidad de posesor de la heredad, es tenido como propietario hasta que el demandante en reivindicacion ha justificado plenamente su derecho.

Una vez emplazado el arrendador y hecho cargo de la causa de su arrendatario, éste que en primer lugar habia sido citado debe ser eliminado de la causa.

Lo propio debe observarse relativamente á las cosas muebles. Cuando encuentro una cosa en poder de una persona, aunque esta no la tenga sino á título de depósito ó préstamo, puedo reclamársela: pero tan pronto ha declarado la persona que se la ha dado á título de préstamo ó depósito, cuyo nombre y domicilio debe revelarme, tengo que entablarle demanda, y solo contra esta persona puedo proceder y ejercer mi accion.

299. Cuando he perdido la posesion de una heredad de la cual somos, usted y yo, propietarios en comun y por indiviso, cada uno por mitad, si usted está en posesion de la misma heredad en comun con Titio que ningun derecho tiene en ella, solo contra éste debo entablar demanda de reinvindicacion, y no contra usted que tan solo la posee por la parte que le corresponde: pero si usted ha hecho con Titio una division de esta heredad y que en consecuencia de la division que nos ocupa, usted posee solo una porcion dividida de la misma heredad, puedo presentar contra usted la accion de reivindicacion por la parte indivisa que yo tengo en ella: la division que con Titio ha hecho usted, siendo un acto que me es estraño no ha podido despojarme de la parte indivisa que tengo en toda la herencia, y en todas las diferentes partes de que esta se compone: *si ex æquis partibus fundum mihi tecum communem, tu et Lucius, Titius possidetis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed á Titio qui non sit dominus totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum; nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse;* l. 8. ff. d. *rei vindic.*

300. La demanda de reivindicacion no debiendo ni pudiendo regularmente ejercerse sino contra el que se halla en posesion de la cosa reivindicada; si aquel contra quien la demanda se dirige, niega poseer la cosa, esto origina un pleito por el cual, despues que el demandado ha sostenido que no poseia la heredad reivindicada, se permite al demandante justificar que la posee el demandado á falta de probarlo, se le absuelve de la demanda, no

pura y simplemente, sino en consecuencia de no poseer la heredad: cuya sentencia no impide que no pueda de nuevo entablarle demanda *ex nova causa* si seguidamente llega á poseerla.

301. Cuando el demandado, aunque no poseyera la finca por la cual ha sido emplazado en reivindicacion, ha sin embargo contestado y sostenido la causa, lo mismo como si fuera posesor; si es por error, creyendo haber sido emplazado por otra finca diferente, el error quedando despues descubierto, solo puede ser condenado al pago de las costas; pero si se justificara haber procedido con malicia, para impedir que el demandante venga en conocimiento del verdadero posesor, con el objeto tambien de lograr se entable demanda contra él, para que, con este medio, pueda el posesor terminar el tiempo de la prescripcion, en este caso, el demandado debe estar condenado á pagar los daños y perjuicios al demandante, quien, por este fraude, hubiera perdido la propiedad de su finca, por no haber podido interrumpir el tiempo de la prescripcion contra el que la poseia.

302. Existe esta diferencia entre la accion de reivindicacion y las acciones personales; estas se ejercen contra los herederos del obligado, en cuanto á la parte por la que lo son; al contrario, la accion de reivindicacion no puede intentarse contra el heredero del posesor sino en tanto que este heredero sea al propio tiempo posesor de la cosa reivindicada, es decir, no en cuanto á la parte por la cual es heredero del difunto posesor, sino en relacion á la parte por la que es posesor de la cosa reivindicada: de manera que si, por la division hecha entre los herederos del difunto posesor, la cosa reivindicada ha recaido por el total en uno de

ellos, la accion de reivindicacion procederia contra él por el total, y no contra los demás herederos que nada poseerian.

El por que de esta diferencia es evidente. Las acciones personales nacen de alguna obligacion contraida por el obligado para con el demandante. Los herederos del obligado, sucediendo á todas sus obligaciones, cada uno por la parte de que es heredero, es una consecuencia lógica que los mismos respondan, por esta parte, de las acciones que nacen de dichas obligaciones. Al contrario, la accion de reivindicacion no naciendo de ninguna obligacion que el posesor haya contraido para con el propietario de la cosa que hace el objeto de la demanda en reivindicacion, sino solamente de la posesion que tiene de esta cosa, su heredero no debe ser responsable de esta accion sino en cuanto él mismo es posesor de la cosa reivindicada y en cuanto á la parte de que es posesor.

303. Nótese que aunque aquel de los herederos, en quien ha recaido por el lote de la division, la cosa objeto de la demanda en reivindicacion, responda solo de la accion de reivindicacion para con el propietario de dicha cosa, sin embargo, como sus coherederos han contraido hácia él, por la division la obligacion de garantirle dicha cosa, cuando el propietario ha intentado contra él la accion de reivindicacion, tiene derecho á exigir de sus coherederos garantía para que con él concurran á la defensa de la accion.

304. Nuestro principio, esto es, que los herederos del posesor de la cosa objeto de la demanda en reivindicacion no vienen obligados á la accion de reivindicacion sino en cuanto son ellos mismos posesores de la cosa, tiene lugar respecto á los herederos de un posesor de buena fé, el cual no era responsable de esta accion sino á los fines de abandono de la cosa en cuestion. Otra cosa sucede respecto á los herederos de un posesor de mala fé contra el cual el propietario tiene derecho á pedir no solamente la cosa abandonada, sino que tambien la restitucion de los frutos, que ese posesor de mala fé ha percibido y á exigirle tambien los daños y perjuicios resultantes de los menoscabos sufridos. Las demandas accesorias á la accion de reivindicacion naciendo de las obligaciones personales que ese posesor tiene contraidas de restituir los frutos percibidos de una cosa que sabia no le pertenecian, sus herederos, quien, por la calidad de tales responden de las obligaciones en cuanto á la parte por la cual son herederos, quedan responsables en cuanto á esta misma parte de que son sus herederos, de las demandas accesorias promovidas para la restitucion de los frutos y asolamientos, que nacen de dichas obligaciones.

305. Por la misma razon he presentado la demanda de reivindicacion de una cosa, aun contra un posesor de buena fe; si ese posesor, sobre mi demanda por la cual le he dado copia de mis títulos de propiedad, ha contestado, y falleció durante el proceso, sus herederos que no han sucedido á la cosa, y que no la poseen, habiendo sido varias veces emplazados aunque no deban responder de la demanda por abandono de la cosa sin embargo deben responder, en cuanto á la parte de que son herederos, de las demandas accesorias que proceden contra ese posesor, para la restitucion de los frutos por él percibidos con posterioridad á la demanda, y en virtud tambien de los menoscabos por él realizados despues de la demanda. Esto mismo nos enseña

Paulo: *Si in rem actum sit, quamvis hæres possessoris, si non possiderat, absolvatur, tamen si quid ex persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet; l.* 42, ff. d. *rei, vindic.*

La razon de esto es, que ese posesor de buena fé contra quien se ha dirigido la demanda de reivindicacion habiendo por la copia que el demandante le ha dado de sus títulos de propiedad, adquirido el conocimiento de que la cosa pertenecia á este, se convierte desde entonces en posesor de mala fé, y contrae la obligacion de restituir los frutos percibidos con posterioridad á la demanda, y la de conservar la cosa en buen estado, á cuyas obligaciones suceden todos sus herederos: *post litem contestatam*, dice Ulpiano, *omnes incipiunt controversiam motam..... cæpit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se*; l. 25, § 7 ff. d. *hæred. petit.*

306. La accion de reivindicacion se da no solamente contra el posesor de la cosa objeto de la misma si que tambien contra quien por malicia ha cesado de poseerla para librarse de esta accion: *Is qui ante litem contestatam dolo dessit rem possidere, tenetur in rem actione;* l. 27, § 3. ff. d. *rei vindic.*

Supongamos por ejemplo, que ha hallado usted en la calle un precioso anillo caido de mi dedo sin que de ello me haya apercibido. Sabedor de que estaba en poder de usted, por cierta persona que lo habia visto y que le conocia me propongo reclamarlo y entablar contra usted demanda de reivindicacion: usted aprovechando una coyuntura favorable, á fin de librarse de esta demanda lo ha vendido á un transeunte desconocido, por la mitad de su justo valor. Por este frande de usted no debo ser privado de mi cosa y puesto fuera de condicion para porderlo reivindicar: por esta razon debo, en este

caso, tener contra usted la accion de reivindicacion como si todavía usted lo poseyera, y en defecto de podérmelo devolver procurar venga condenado á pagarme su justo precio, de conformidad á los siguientes principios de derecho: *Qui dolo dessierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est;* l. 131, ff. d. R. Y. *Et parem esse conditionem oportet ejus qui quid possideat vel habeat, atque ejus cujus dolo malo factum est quominus possideret vel haberet*, l. 150, ff. *d. tit.*

ARTÍCULO II.

De lo que debe observar el propietario antes de entablar la demanda de reivindicacion; de lo que debe practicar al entablarla; y cual es el efecto de la demanda durante el proceso.

307. El propietario de una cosa solo debe recurrir á la accion de reivindicacion cuando ha perdido por completo la posesion de esta cosa. Si por alguno se halla perturbado en la misma, es muy del caso intentar contra el perturbador la accion de interdicto, antes que la accion de reivindicacion; é igualmente si por violencia ha sido despojado de la misma, le interesa mucho entablarle demanda valiéndose de la accion posesoria que se llama accion de *reintegracion* antes que echar mano de la demanda de reivindicacion. La razon de esto, es que al llegar al caso de la demanda, es mucho mas ventajoso constituirse posesor de la cosa, objeto del proceso que á ser demandante; porque este viene obligado á justificar su derecho de propiedad en esta cosa al paso que el posesor nada tiene que pro-

bar por su parte y se le considera siempre propietario hasta tanto que el demandante ha plenamente justificado y establecido su derecho de propiedad.

Cayo nos da el siguiente consejo: *Is qui destinavit rem petere; animadvertere debet an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est ipsum possidere, et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere; l.* 24, ff. *de rei. vind.*

308. Por el derecho romano, el que se proponia intentar la accion de reivindicacion por una cosa mueble, debia antes intentar la accion *ad exhibendum* contra el posesor de la cosa, al objeto de ponerla de manifiesto, para que una vez la cosa exhibida, pudiera el demandante formular su accion de reivindicacion de la misma, lo cual se verificaba con la siguiente fórmula, colocando la mano sobre la cosa reivindicada: *Ajo hanc rem meam esse.*

En nuestro derecho francés, la accion *ad exhibendum* no está en uso. Nuestra costumbre de Orleans dice á este respecto en su artículo 444: *En cour laye l'action á fin d'exhiber, ne l'exception de deniers non comptes, n'ont lieu.*

309. En lugar de esto, en nuestro derecho, á lo menos en muchas costumbres, para lograr la reivindicacion de muebles, se procede por la vía de embargo.

El embargo es un acto judicial, por el cual el que pretende ser propietario de una cosa mueble la hace detener por el ministerio de un alguacil ó portero, el cual la secuestra entre manos de una tercera persona.

Esta ejecucion de embargo se verifica en la forma de otras ejecuciones de embargo por sentencia del Juez.

310. Esta vía de embargo para llegar á la reivindicacion de cosas muebles, nace de antiguas leyes de los Ripuaires. En ellas leemos el art. 25: *De intertiare*, § 1: *si quis rem suam cognoverit, mittat manum super eam, et sic illi super quam intertiatur, tertiam manum quærat.*

Muchas costumbres tienen disposiciones especiales sobre el embargo.

Nuestra costumbre de Orleans dice en el art. 454: *la cosa mueble vista por uno por sus propios ojos puede ser embargada, salvo el derecho de otro.*

311. Estas palabras *vista por los propios ojos*, demuestran que la disposicion de este artículo, que permite al demandante que reivindica una cosa mueble, el embargarla y secuestrarla durante el proceso, solo tiene lugar respecto á los muebles corporales. Otra cosa sucede respecto á las cosas incorporales que son tenidas como muebles, tales como las rentas constituidas, en las costumbres que consideran las rentas muebles. El demandante en reivindicacion de una renta, aun en estas costumbres no puede hacer secuestrar el usufructo durante el proceso; solo puede embargar lo principal como lo diremos *infra.*

312. Estas palabras, *salvo el derecho de otro*, se entienden principalmente del derecho de aquel sobre quien ha sido embargada y entre las manos de quien correspondia, á quien debia ser devuelta, en el caso en que el que la hace embargar no justificara que le pertenece, aun con los daños y perjuicios si es que se hayan experimentado.

313. Se dice al final de este artículo: *en caso de oposicion los bienes embargados permanecerán bajo la accion del Tribunal.*

Sobre la oposicion hecha al embargo por el que

está en posesion de la cosa y sobre quien se ha trabado, débesele levantar el embargo, con devolucion de la cosa mediante caucion; ó bien, si es solvente, haciendo promesa formal de hacer entrega de la cosa siempre y cuando el juez lo ordenara.

La razon de esto es que la posesion que de la cosa tenia le hace presumir propietario, á lo menos provisionalmente, en tanto que el reclamante no haya justificado su derecho de propiedad.

El alzamiento de embargo que obtiene aquel sobre quien ha sido trabado, siendo solo provisional, la cosa embargada, no habiéndole sido devuelta sino á condicion de presentarla tantas veces cuantas se lo ordene el juez, se supone permanecer siempre en poder del tribunal hasta finalizarse el proceso, y no puede disponer de la misma. Este es el sentido de las últimas palabras del artículo 454 que acabamos de citar.

314. Cuando la cosa encontrada y que pretendo pertenecerme lo ha sido en un campo ó carretera, puedo hacerla embargar por el ministerio de un alguacil, sin necesidad de acudir al permiso del juez. Pero cuando sé que alguno tiene en su casa una cosa que pretendo pertenecerme, no puedo hacerla embargar en la dicha casa, sino en virtud de autorizacion del juez mediante la presentacion de pedimento al mismo. Nuestra costumbre de Orleans contiene á este respecto una disposicion en su art. 455, que dice: «*Nadie puede entrar ni hacer entrar alguaciles ú otras personas en la casa de otro para embargar y llevarse los bienes en ella existentes sin autorizacion prévia del Tribunal.*»

La costumbre comprende por *autorizacion del Tribunal*, la órden que el juez estampa á continuacion de la demanda que le ha sido presentada, por la cual permite se realice el embargo.

315. El que ha hecho el embargo debe emplazar delante el juez, ó por citacion de embargo ó por otra citacion subsiguiente, á aquel sobre quien se ha trabado, para ver ordenar que la cosa embargada será devuelta á aquel que ha realizado el embargo, como cosa que le pertenece, á las ofertas que hace de hacerla reconocer.

Si aquel á quien ha sido la cosa embargada solo la tenia en nombre de otro, *por ejem.* á título de depósito, de préstamo, de alquiler, ó de fianza; sobre la declaracion que debe hacer de la persona de quien la tenia, el que ha hecho el embargo debe ponerla en causa; *supra*, 298.

316. De cualquier modo que se haya llevado á cabo la peticion del dominio de la cosa embargada, ya sea entablándose demanda por parte del que ha hecho el embargo, al objeto de que le sea devuelta la cosa, como á él perteneciente, ya por parte del que ha sufrido el embargo á fin de obtener su alzamiento; el que ha verificado el embargo es quien debe establecer y justificar el dominio que pretende tener de la cosa embargada, á falta de lo cual, á aquel sobre quien ha sido hecho el embargo, sin que tenga obligacion, de su parte, de presentar ninguna prueba, debe alzársele dicho embargo, con indemnizacion de los gastos, y aun de los daños y perjuicios, caso de haberlos sufrido.

317. Como que ordinariamente no se poseen títulos por escrito del derecho de propiedad que se tiene de los muebles, á cualquier suma que pueda subir el valor de la cosa embargada, el que ha hecho el embargo debe justificar el dominio que pretende tener de la cosa embargada, por medio de testigos, á quienes deberá ser exhibida, la cual deberán reconocer como de su pertenencia. En conse-

cuencia, sobre la demanda, el juez abre el juicio á prueba, disponiendo se proceda al reconocimiento de la cosa embargada, por medio de testigos á los cuales será exhibida, los cuales deberán atestiguar que les consta pertenecerle la cosa; salvando á la otra parte el derecho de probar lo contrario.

Este reconocimiento se verifica en presencia del juez, del cual levanta proceso-verbal.

Cuando por el proceso verbal de reconocimiento, el dominio que el embargante pretende tener de la cosa embargada, parece suficientemente justificado, el juez ordena definitivamente que dicha cosa le sea entregada como perteneciente al mismo.

318. Las cosas muebles en razon á su naturaleza especial, es que el demandante en reivindicacion puede embargarlas, porque de otra suerte el posesor podria hacerlas desaparecer y sustraerlas á la reivindicacion.

Por esto es distinto el procedimiento que se sigue tratándose de la accion de reivindicacion de las heredades tales como las casas y las fincas rústicas. Esta se intenta por una simple demanda por la cual el actor que pretende ser propietario de cierta finca, emplaza al que es su posesor, á fin de que sea condenado á dejársela á su disposicion por ser dicha finca de su pertenencia.

El demandante debe, en virtud de este emplazamiento, so pena de su nulidad, señalar la cosa que reivindica, de manera que el demandado no pueda ignorar porque cosa ha sido emplazado. Por esto mismo la ley de 1667, título 9, artículo 3.° quiere que los demandantes sean obligados á declarar por su primer emplazamiento, la villa, pueblo ó aldea, terruño ó comarca donde radica la finca, su consistencia; sus nuevos señales y lindes de la parte del

Norte, Mediodía, Oriente y Occidente; su naturaleza en tiempo del emplazamiento; si son tierras de labor, prados, bosques, viñas, ó de otra calidad; de suerte que el demandado no pueda ignorar la finca por la que ha sido emplazado.

Obsérvese que si es cuestion de una tierra ó casa de labranza, basta indicar el nombre y la situacion; artículo 4.° No hay necesidad de detallar las piezas de tierra y las diferentes dependencias de que se compone.

Si es una casa las señales y lindes serán detallados de la misma manera.

319. Antes de la ley de 1667, el demandado podia oponer contra la demanda en reivindicacion la escepcion llamada *de vistas y señalamientos* á fin de designar un lugar, dia y hora en que las partes debian partir juntas de este y constituírse en el mismo punto contencioso, en donde el demandante debia mostrar y poner á la vista del demandado las fincas que entendia reivindicar. La ley ha derogado esta escepcion como inútil, ya que la finca debe deslindarse al tiempo de verificarse la citacion de manera que no haya medio de equivocarse.

320. Despues que el demandado, quien, en virtud de la demanda ha reconocido ó confesado poseer la heredad por la cual ha sido emplazado, y opuesto á la demanda, se sustancia el proceso y se decide por el exámen de los títulos respectivos de las partes.

Cuando las pruebas alegadas por el demandante no son suficientes para justificar el dominio de propiedad que pretende tener de la finca reivindicada, el demandado no tiene necesidad de alegar ninguna en contra.

321. Al demandado no se puede desposeerle

durante el proceso; debe continuar gozando libremente de la finca reivindicada hasta tanto que tiene lugar una sentencia definitiva de la cual no se pueda apelar, que falle que la finca pertenece al demandante, ó bien que condene al posesor para que se la entregue á su disposicion.

Si el posesor apela de esta sentencia, continuará en posesion y gozando libremente de la heredad hasta la sentencia definitiva.

El posesor tampoco está obligado al entablarse la demanda ni durante el proceso, de dar caucion ni aun hacer ninguna sumision respecto á los frutos que se perciban durante el proceso, á cuya restitucion seria condenado en caso que el demandante ganara el pleito.

El demandante en reivindicacion durante el proceso puede impedir que el posesor cause ningun menoscabo en la heredad reivindicada. Por ejemplo si el posesor durante el proceso hiciera una corta de árboles de construccion ó demoliera algun edificio, el demandante en reivindicacion puede obtener sentencia que prohiba al posesor de continuar, y que permita al demandante embargar y secuestrar los árboles ya cortados.

322. Cuando alguno quiere intentar la accion de reivindicacion de cierta renta que pretende pertenecerle, cuya posesion está en poder de otro, y recibe de los deudores los réditos devengados, esta accion debe intentarse por una simple demanda, por la cual el demandante debe designar la renta que reivindica, ya por la suma que importa anualmente y tambien por los nombres y cualidades de las personas deudoras.

El posesor de la renta contra quien la demanda en reivindicacion va dirigida debe continuar, durante el proceso, gozando y percibiendo los réditos devengados. El demandante en reivindicacion solo puede detener el capital sobre el deudor de la renta, al efecto que el deudor no pueda verificar la redencion del mismo al posesor de la renta sino apelando el demandante y permaneciendo el importe de la redencion en poder del Notario autorizante ínterin se sustancía el proceso. La renta objeto de la demanda de reivindicacion habiéndose convertido en importe de redencion, este importe ó cantidad de dinero que no es otra cosa que un mueble corporal, y que viene á formar el objeto de la demanda en reivindicacion, está sugeta á la secuestracion, al igual que todos los muebles corporales cuando son reivindicados.

Si el proceso parece que es de larga tramitacion, el posesor podria pedir que el importe de la redencion le fuera entregado, mediante la prestacion de buena y suficiente caucion de devolver la suma, caso que el demandante logre su objeto con la demanda de reivindicacion.

ARTÍCULO III.

323. El demandante en reivindicacion para que pueda obtener lo que pide, debe fundar su demanda en virtud de algun título de propiedad de la finca ó renta que trata de reivindicar.

Llámase título de propiedad el que es de tal naturaleza que hace traspasar de una persona á otra la propiedad de una cosa, *causa idonea ad transferendum dominium*.

Por ejemplo, un contrato de venta de la finca ó de la renta reivindicada hecha á favor del deman-

dante, ó al que justifique ser su sucesor, antes que el posesor contra quien se dirige la demanda hubiese comenzado á poseer esta cosa, es un título en que el actor puede fundar su demanda.

Lo mismo es de un contrato de permuta, de arrendamiento, ó de donacion; de un acto por el cual la cosa reivindicada hubiera sido dada en pago al demandante en reivindicacion; é igual tambien de un acto por el cual el demandante, ó su autor, adquiere un legado hecho á su favor.

Un acto de division (por el cual parece que la cosa reivindicada ha recaido al demandante) de la sucesion de alguno de sus padres, es tambien un título con que se puede fundar su demanda.

324. Cuando el posesor contra quien se dirige la demanda establece que su posesion es anterior al título que alego para fundar mi demanda de reivindicacion, aunque por otra parte no exponga de su parte ningun título; ese título que presento no es por sí solo suficiente para fundar mi demanda, á menos que no pueda presentar otros títulos mas antiguos, que justifiquen que aquel que por el contrato que presento, me ha vendido ó dado la finca objeto de la demanda de reivindicacion, era efectivamente el propietario: porque no me es posible inventarme un título trasmitiéndome una donacion ó venta de una finca que usted posee por medio de una persona que no la posee; á usted, por su sola calidad de posesor, se le considera ser el propietario de la heredad, antes que aquel que me la ha vendido, que no la poseia, y de cuyo derecho nada puede justificarse.

Pero cuando el título que presenta el demandante en reivindicacion es anterior á la posesion de aquel contra quien se ha dirigido la demanda, el cual

ninguno ha presentado de su parte, ese título es por sí solo suficiente para fundar su demanda. El que, por ese título, ha vendido ó dado al demandante, ó al autor de este, la finca reivindicada, se le presume suficientemente haber sido de la misma posesor y propietario y haberle hecho traspasar la posesion y propiedad.

325. Hay mas: aun cuando fuera cierto que el que me ha vendido ó dado la heredad que reivindico, segun el título presentado, no hubiese sido el propietario; si la he adquirido de buena fe, con motivo para creer que el que me vendia ó daba dicha finca, en cuya posesion le veia, era el propietario, este título bastará por sí solo para fundar mi demanda de reivindicacion contra el posesor, que de su parte no ha recibido título alguno. Verdad es que no soy verdaderamente propietario de la cosa que reivindico, no habiendo el vendedor ó donante de la misma podido transferirme un derecho de propiedad que no tenia y que en consecuencia no puedo tener *actionem in rem directam;* pero en cambio tengo *actionem in rem utilem, seu publicianam*, que aquel que ha perdido la posesion de una cosa que posee de buena fe tiene contra aquel que sin título se halla en posesion de la misma, como hemos tenido ocasion de ver *supra* número 292.

326. Cuando el demandante en reivindicacion, y el posesor contra quien la accion se ha intentado, presentan, cada uno de su parte, un título de adquisicion, ó lo han adquirido ambos de la misma persona, ó de personas diferentes.

En el primer caso, esto es, cuando el demandante y el demandado exhiben, cada uno por su parte, un título de la adquisicion de la heredad prove-

nientes de la misma persona; aun cuando no se estableciera que esta persona de quien ambos pretenden haber adquirido la heredad hubiera sido el propietario, se presume haberlo sido; y aquel que primero ha sido puesto por ella en posesion de dicha finca objeto de la accion de reivindicacion, debe ser reputado haber adquirido de ella la propiedad indicada: *si duabus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus quis magis publiciana uti possit; utrum is cui priori res tradita est, an is qui tantum emit? et Julianus, libro 7.° Digestarum, scripsit, ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est; l.* 9, § 4, ff. *de publ. in rem act.*

327. En el segundo caso, cuando tanto el demandante como el demandado presentan, cada uno de su lado un título de adquisicion hecha de personas diferentes, sin que el uno pueda establecer mas que el otro que la persona de quien se ha adquirido fué el propietario de la heredad, los Proculianos opinan, aun en este caso que se deberia igualmente preferir al que tuviere el título mas antiguo y que al propio tiempo hubiese sido colocado el primero en posesion de la heredad, cómo nos lo demuestra Neracio que pertenecia á esta escuela: *Uterque nostrum eamdem rem emit a non domino... sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est qui prior jus ejus apprehendit, hoc est cui primum tradita est; l.* 5. § 1. *fin.* ff. *de act. empt.*

Ha prevalecido la opinion contraria de los Sabinios que lo deciden en este caso á favor del que se halla en posesion de la heredad. Esto mismo nos dice la ley 9 § 4.° ff. *de publ. in rem act.* arriba citada en la que Ulpiano expone el parecer de Julian:

si ab eodem non domino emerint, potior cui priori res tradita est; si a diversis non dominis, melior causa possidentis, y Ulpiano añade: *Quæ sententia vera est*. Esta decision está fundada en la siguiente regla: *In pari causa, causa melior possidentis.*

ARTÍCULO IV.

De la entrega que debe ser hecha de la cosa reivindicada al demandante cuando ha logrado el objeto de su demanda.

§ I. *Cómo, en donde, y cuando se verifica la entrega de la cosa reivindicada al demandante.*

328. Cuando la cosa objeto de la demanda en reivindicacion es un mueble corporal, que ha sido embargado y se halla todavía en poder del secuestrador al tiempo de la sentencia definitiva, el demandante puede mandarla retirar del mismo, en ejecucion de dicha sentencia que se lo permite, como á él perteneciente.

Al retirarla, debe por si ó por medio de procurador, abonar algo al secuestrador y pagarle los gastos de custodia teniendo este el derecho de retener la cosa, *veluti quodam jure pignoris*, para reembolsarse de dichos gastos, salvo al demandante el recurso, si cabe, contra el demandado por la repeticion de los gastos que ha sido obligado reembolsar al secuestrador.

El demandado no está sugeto á la repeticion sino cuando es ó posesor de mala fé ó cuando ha sido moroso en consentir á la restitucion de la cosa despues que el demandante haya probado pertenecerle.

Si el demandado ha interpuesto apelacion de la sentencia notificándola al secuestrador, este no puede responderle ya mas, hasta tanto que la sentencia haya sido confirmada sobre la apelacion; porque esta suspende la ejecucion.

Cuando la sentencia ha sido dada en rebeldía, el demandante, en su cumplimiento, para poder retirar la cosa del secuestrador debe antes notificar la sentencia al demandado de quien la ha obtenido, denunciando al secuestrador esa sentencia y la notificacion que ha hecho de la misma al demandado.

Si, antes que el secuestrador hubiera repuesto la cosa al demandante, el demandado le denunciara una oposicion que ha formado á la sentencia, el secuestrador no podria hacer ninguna entrega hasta tanto que se haya determinado lo referente á la oposicion.

329. Cuando la cosa reivindicada está en poder del demandado contra quien ha recaido sentencia, debe volverla al lugar donde se encuentra; el demandante á quien debe restituirse tiene que mandar por ella, corriendo por su cuenta los gastos de transporte hasta su casa ó hasta el lugar que juzgue conveniente llevarla.

Con todo, si despues de la demanda, el demandado hubiera transportado la cosa reivindicada á otro lugar mas distante que aquel donde se encontraba, debe devolverla al lugar en que la ha encontrado y mandar por ella á costas suyas.

Esto mismo nos dice el jurisconsulto Paulo: *Si res mobilis petita sit, ubi restitui debeat, scilicet si præsens non sit? Et non malum est, si bonæ fidei possessor sit is cum quo agitur, aut ibi restitui ubi res sit, aut ubi agitur, sed sumptibus petitoris; l.* 10, ff. *de rei. vind.*

Si vero malæ fidei sit possessor qui in alio loco eam rem nactus sit, idem statui debet (scilicet ut eam restituere non teneatur nisi in eo loco ubi est): si vero ab eo loco ubi lis contestata est, eam substractam alio transtulerit, illic restituere debet unde substraxerit, sumptibus suis; l. 12, ff. *d. tit.*

330. Cuando es una finca lo que forma el objeto de la accion de reivindicacion, el demandado que ha sido condenado á ponerla á disposicion del demandante, cumple con la sentencia dejándola vacante, de manera que éste pueda ponerse en posesion cuando lo estime conveniente, y si es una casa con entregarle las llaves.

El demandado condenado á abandonar una heredad ú otra cosa, en virtud de demanda en reivindicacion, solo tiene que abandonar las cosas que forman parte de la misma; en cuanto á aquellas que, sin formar parte, sirven tan solo para su explotacion, ninguna obligacion tiene de abandonarlas, si es que no son determinadamente comprendidas en la demanda de reivindicacion y en la sentencia recaida sobre esta misma demanda.

Ulpiano dice de conformidad á este principio: *Armamenta navis singula erunt vindicanda, scapha quoque separatim vindicabitur; l.* 3, § 1, ff. *de rei. vind.*

Sobre las cosas que se consideran formar ó no formar parte de la finca, véase nuestro *Tratado de la Comunidad.*

Cuando el demandado posee muebles en la casa reivindicada que está condenado á abandonar, debe concedérsele un plazo para desalojarlos; este plazo queda al arbitrio del juez.

331. Cuando es una renta que se debe por un tercio que forma el objeto de la accion en reivindi-

cacion, la sentencia que condena al demandado á dejarla al demandante sin restitucion de los réditos devengados, puede ejecutarse sin intervenir ningun hecho de parte del demandado contra quien ha sido dictada, por la notificacion que de la misma hará al deudor de la renta, con requirimiento de no pagar en lo sucesivo á otro que á él.

Si, con todo, el demandado retuviera algunos títulos concernientes á la renta reivindicada, tendrá obligacion de enviarlos al demandante.

§ II. *En qué estado debe ser devuelta la cosa reivindicada.*

332. A este respecto debe hacerse una distincion, entre el posesor de buena fé y el posesor de mala fé.

Cuando el posesor contra quien se ha entablado demanda es un posesor de mala fé, debe devolver la cosa en igual buen estado que cuando indebidamente se puso en su posesion; debe igualmente indemnizar los daños y perjuicios resultantes de todas las deterioraciones habidas con posterioridad. La razon de esto es, que todo posesor de mala fé de una cosa, contrae, por el conocimiento que tiene de que la cosa no es suya, la obligacion de restituirla á su dueño, tan pronto lo sepa, cuya obligacion nace del siguiente importante precepto del Decálogo: *No retendrás á sabiendas bienes ajenos*. Toda obligacion de dar ó restituir una cosa encierra la obligacion accesoria que contrae el deudor de conservar esta cosa en buen estado, y sin deteriorarla, para poderse exonerar de su obligacion.

El heredero ú otro sucesor universal del posesor de mala fé, aun cuando creyese de buena fé que la

cosa le pertenece, viene obligado á indemnizar los daños y perjuicios resultantes de todas las degradaciones provenientes de algun hecho ó falta, ya sea del difunto, ya de él mismo; como el herédero ó sucesor uuiversal del difunto, ha sucedido en la obligacion contraida por éste de conservar la cosa en buen estado, y de no deteriorarla, su posesion, no siendo otra cosa que la continuacion de la del difunto, adolece de todos los vicios.

333. En cuanto al posesor de buena fé, está exento ó libre de los menoscabos por él ocasionados en la cosa objeto de la demanda en reivindicacion, durante todo el tiempo que haya durado su buena fé, á menos que no sean menoscabos que hayan redundado en su provecho; como si, por ejemplo, hubiese hecho una corta de árboles para construccion en la finca, objeto de la demanda en reivindicacion, de los cuales hubiera percibido el precio; en este caso, no cabe duda alguna, que debe restituir al demandante en reivindicacion el precio percibido, no permitiendo la equidad que alguno pueda aprovechar el precio de la cosa de otro á expensas del propietario.

Referente á todos los demás menoscabos de los cuales no ha reportado utilidad el posesor de buena fé, contra quien se ha interpuesto demanda de reivindicacion, y que han sido ocasionados durante el tiempo que ha durado la buena fé del posesor, y antes de la demanda, no debe éste resarcirlos; pero si debe resarcir todos aquellos que, con posterioridad á la demanda, provienen de algun hecho suyo ó de alguna falta; porque, en virtud de la demanda por la que el demandante le da copia de sus títulos de propiedad, cesa de ser posesor de buena fé, y contrae la obligacion de restituir la cosa en el caso que

se haya juzgado pertenecer al demandante, y por consiguiente la de conservarla en buen estado y no deteriorarla, lo cual es accesorio. Conforme á estas distinciones se debe interpretar lo que dice Ulpiano: *Si deterior res facta sit, rationem judex habere debebit; l.* 13, ff. *de rei. vind.*

ARTÍCULO V.

De la restitucion de los frutos de los que el demandado debe dar razon al demandante que ha justificado su derecho de propiedad de la cosa reivindicada.

En el primer párrafo, veremos respecto á que cosas hay lugar á la restitucion de los frutos en la accion de reivindicacion; en el segundo, veremos desde que tiempo el posesor de mala fé debe dar razon al demandante, y de que frutos. En el tercero, examinaremos desde que tiempo el posesor de buena fé tiene obligacion de restituir los frutos. Y finalmente, en el tercero, expondremos cuales son los principios del derecho francés sobre la restitucion de los frutos.

§ I. *Sobre que cosas tiene lugar la restitucion de los frutos en la accion de reivindicacion.*

334. Hay lugar á la restitucion de los frutos en la accion de reivindicacion, siendo indiferente que la cosa reivindicada sea una heredad ú otro inmueble cualquiera, ó bien un mueble, no solamente cuando es una cosa fructífera que produce frutos naturales, como una vaca, un rebaño de ovejas, sino cuando es una cosa que tan solo puede producir fru

tos civiles, tal como un navío: *Si navis a male fidei possessore petatur, et fructus æstimandi sunt, ut in taberna et area quæ locari solent; l.* 62, ff. *de rei. vind.*

En general, basta que el demandante hubiera podido sacar de la cosa alguna utilidad equivalente á alguna cantidad de dinero, de la que le ha privado el posesor con retenerla injustamente.

Si el objeto de la demanda en reivindicacion fuera la nuda propiedad de una cosa, no cabria ninguna restitucion de frutos, á no ser que despues viniera á resultar propiedad plena por la extincion del usufructo acaecida luégo de presentada la demanda: *Videamus*, nos dice Gayo, *an in omnibus rebus petitis in fructus quoque condemnetur possessor? Quid enim si argentum, aut vestimentum, aut aliam similem rem? quid prœterea si usumfructum aut nudam proprietatem, quum alienus usus fructus sit, petierit? Neque enim nudæ proprietatis, quod ad proprietatis nomen attinet, fructus ullus intelligi potest; neque ususfructus rursus fructus (Proprie enim, non fructus ipsius juris ususfructus, sed rei cujus quis usumfructum habet fructus sunt) eleganter computabitur, quid igitur si nuda proprietas petita sit? Ex quo perdiderit fructuarius usumfructum, æstimabantur in petitione fructus. Item si ususfructus petitus sit. (Actione in rem concessoria.) Proculus ait, in fructus perceptos condemnari. Prœterea Gallus Ælius putat, si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu hæc numeranda esse, quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit; l.* 19, ff. *de usur.*

Lo que queda dicho al final del texto transcrito, esto es, que en la demanda en reivindicacion de un cubilete ó de un vestido el posesor viene conde-

nado á dar razon de los alquileres que han podido sacarse de tales cosas, es mi opinion que deberia limitarse al caso en que el demandante, en reivindicacion sea un hombre que acostumbre por profesion á alquilar esas cosas.

Papiniano nos enseña igualmente que hay lugar á la restitucion de los frutos por las demandas en reivindicacion, áun cuando la cosa reivindicada por su naturaleza no produzca ningun fruto natural, y que basta los produzca civiles para el uso ordinario: *Quum in rem agitur*, dice, *eorum quoque nomine quæ usui non fructui sunt, restitui fructus certum est; l.* 64, ff. *de rei vind.*

§ II. *Desde qué tiempo el posesor de mala fé debe dar razon de los frutos; y de cuáles.*

335. El posesor de mala fé debe dar cuenta de todos los frutos de la cosa reivindicada que ha percibido, no solamente de aquellos que ha percibido despues de la demanda, sí que tambien de todos los percibidos con posterioridad á su indebida posesion. *Certum est malæ fidei possessorem omnes fructus solere præstare cum ipsa re; l.* 22. *Cod. de rei vind* (1).

Debe igualmente dar cuenta áun de los que provienen de las semillas sembradas en las fincas reivindicadas, y de los trabajos practicados en las mismas; salvo que sobre el precio de dichos frutos, se le deben deducir los gastos de sus trabajos y sus semillas.

(1) Será considerado poseedor de mala fe el que compró la cosa hurtada ó perdida á persona sospechosa que no acostumbraba v nder cosas semejantes, ó que no tenia capacidad ó medios para adquirirla. (Cod de la Rep. Argentina, art 16, tít. 9 lib 3)

El que de mala fe se da por poseedor sin serlo, será condenado á la indemnizacion de cualquier perjuicio que de este engaño haya resultado al reivindicante (Id. art. 29.)

La razon de esto es que los frutos que la tierra produce son accesorios de la misma, los cuales, tan pronto como se han percibido, los adquiere, *jure accessionis*, el propietario de dichas fincas, como lo hemos visto *supra*, núm. 151, ántes que aquel que los ha sembrado y laborado. De esto nace la siguiente máxima: *Omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur; l.* 25. ff. *de usur.*

El posesor está obligado á dar cuenta, no solamente de los frutos nacidos de la misma cosa, que se llaman *frutos naturales;* debe igualmente darla de los frutos civiles, como lo hemos visto en el párrafo precedente.

336. El posesor de mala fé debe restituir no solamente los frutos que ha percibido, sí que tambien los no percibidos, pero que el demandante hubiese podido percibir, si le hubiese devuelto la cosa: *Generaliter*, dice Papiniano, *quum de fructibus æstimandis quæritur, constat adverti debere, non an mala fidei possessor fruitus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset; l.* 62, §. 1, ff. *de rei vind.*

La demostracion de esto es que el posesor de mala fé, por el conocimiento que tiene de que la cosa no le pertenece, contrae la obligacion de restituirla al propietario: á falta de este cumplimiento, viene obligado á la indemnizacion de los daños y perjuicios resultantes, en los cuales están comprendidos los frutos de la cosa que el propietario ha dejado de percibir.

El heredero ú otro sucesor universal del posesor de mala fé, áun cuando hubiera creido de buena fé que la cosa le pertenece, debe dar cuenta de todos

los frutos despues de la injusta posesion del difunto al cual ha sucedido, del mismo modo que éste lo hubiera tenido que hacer, á vivir todavía, porque en su calidad de heredero ha sucedido á todas sus obligaciones, y su posesion no es otra cosa que una continuacion de la del difunto, que entraña todos los vicios, como lo hemos observado ya en el artículo que antecede.

§ III. *Desde cuándo el posesor de buena fé debe restituir los frutos, y cuáles.*

337. Segun los principios del derecho romano, el posesor de buena fé no está sujeto á la restitucion de los frutos percibidos ántes de la litiscontestacion, salvo de aquellos que á la sazon se encontraran existentes; pero respecto á los percibidos despues de la litiscontestacion, debe restituirlos al igual que el posesor de mala fé: *Certum est malæ fidei possessores omnes fructus præstare; bonæ fidei vero, extantes post litiscontestationem universos; l. 22, Cod. de rei vind.*

El por qué de la diferencia entre el posesor de buena fé y el posesor de mala fé, con relacion á los frutos percibidos durante todo el tiempo de su posesion, que ha precedido á la litiscontestacion, y que han sido consumidos, ó que no se encuentran en poder del posesor, por estar pendientes, es evidente. El posesor de mala fé, sabedor de que la cosa no le pertenece, sabe igualmente que los frutos que percibe de esta cosa no son suyos: y por este conocimiento que tiene, contrae la obligacion de restituirlos al propietario de la cosa á quien pertenecen; cuya obligacion nace de este importante principio de la ley natural: *No retendrás á sabiendas bienes*

de otro. No puede, consumiendo estos frutos, exonerarse de la obligacion que ha contraido de dar cuenta de los mismos y restituirlos al propietario.

Al contrario, el posesor de buena fé quien teniendo la cosa en virtud de un justo título, tiene un motivo justo para creer que es suya, no contrae de ningun modo la obligacion para con el propietario de restituírsela, como tampoco devolverle los frutos; esta obligacion, siendo sólo contraida por el conocimiento que tiene el posesor de que la cosa no es suya; por consiguiente, cuando comparece el propietario, y le da á conocer por la litiscontestacion su derecho de propiedad, sólo desde este dia contrae la obligacion de restituir las cosas que posee pertenecientes á ese propietario; no puede, pues, estar obligado á restituirle nada más que la cosa reivindicada, y los frutos que ha percibido y que todavía se encuentran existentes.

En cuanto á los frutos percibidos ántes de la litiscontestacion, los cuales ha consumido; ó que ha enagenado durante todo el tiempo de la buena fé de su posesion, habiéndolos consumido de buena fé, y ántes que él haya podido contraer ninguna obligacion de restituirlos, no se le puede exigir los restituya al demandante. La calidad de posesor de buena fé que tenia ese posesor, haciéndole creer propietario de la cosa, en tanto que el verdadero posesor no se dé á conocer, le da, con relacion á la cosa que posee de buena fé, los mismos derechos que á un propietario; *bona fides tantumdem possidenti præstat quantum veritas; l. 136, ff. de reg. jur.*; y por consiguiente el derecho de percibir en su beneficio los frutos de la cosa que posee de buena fé, de consumirlos, y de disponer de los mismos al igual que si fuera el verdadero propietario.

Por esto dice Justiniano en el título de las instituo ciones de *rer. divis.* § 35. *Si quis á non dominquem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa bona fide acceperit, naturali ratione placet fructus quos percepit ejus esse pro cultura et cura, et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest.*

Nótese que lo que Justiniano dice, que los frutos que el posesor de buena fé percibe los adquiere *pro cultura et cura*, se sobreentiende, *enunciative*, porque ordinariamente los frutos son la recompensa de los cuidados que el propietario ó posesor de buena fé prodiga al cultivo de la tierra; pero esto no debe comprenderse *restrictive*, al efecto de restringir el derecho que la buena fé da al posesor de percibir los frutos en utilidad propia á sólo los frutos industriales para cuya produccion hay necesidad de cultivo; al contrario, es seguro que la buena fé da derecho á todos los frutos, tanto á los naturales, que la tierra produce sin ningun cultivo, como á los industriales. Esto mismo nos demuestra Paulo: *Bonæ fidei emptor non dubie percipiendo fructus, ex aliena re, suos interim facit, non tantum eos qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est; l.* 48, ff. *de acq. rer. dom.*

338. Considérense bien estas palabras de la ley, *fructus interim suos facit.* El derecho que la buena fé da al posesor de percibir en provecho suyo los frutos de la finca, sólo se funda en la creencia de que es propietario de la finca: por lo tanto, así como sólo es tenido como tal propietario hasta que comparece el verdadero propietario, así tambien tan sólo puede gozar del derecho de percibir los fru-

tos hasta la comparecencia de dicho propietario que justifique su derecho; el dominio de los frutos que la buena fé le hace adquirir no puede, pues, ser sinó un dominio sujeto á resolverse, y que en efecto se resuelve, cuando el verdadero propietario de la cosa comparece y la reivindica.

Por esta misma razon es que, como lo hemos dicho ya, el posesor de buena fé, segun el derecho romano, debe restituir al demandante en reivindicacion los frutos que ha percibido ántes de la demanda, cuando se hallan en su poder existentes; en este caso, el dominio de esos frutos, que la buena fé del posesor le habia hecho adquirir, se resuelve por la reivindicacion del verdadero propietario.

339. El dominio de los frutos que el posesor adquiere por su buena fé, no cesa de estar sujeto á resolverse sinó en dos casos.

Tiene lugar el primer caso cuando los ha consumido, porque el dominio de esos frutos, desapareciendo en este caso con ellos, no puede ya estar sujeto á resolverse habiendo dejado de existir; por esto mismo se ha dicho arriba que el posesor de buena fé, durando ésta, no debe restituir los frutos consumidos ántes del proceso: *Bonæ fidei possesor de fructibus consumptis non tenetur.*

El segundo caso en que cesa de ser resoluble el dominio de los frutos que adquiere el posesor por su buena fé, es cuando la posesion que ha tenido de esos frutos despues de su percepcion, durante el tiempo requirido por la usucapion de las cosas muebles, le ha hecho adquirir ántes del proceso, por derecho de usucapion, el dominio perfecto é irrevocable de dichos frutos. El posesor de buena fé, en este caso, aunque esos frutos existentes los ten-

ga en su poder, no está obligado á restituirlos al propietario.

340. Lo que queda dicho, que el posesor de bnena fé no debe restituir los frutos que ha percibido y consumido ántes del proceso, sólo tiene lugar cuando los ha percibido y consumido durante todo el tiempo de su buena fé; pero cuando ha llegado á saber, aunque fuera mucho tiempo ántes de la demanda en reivindicacion, que la cosa que posee no es suya, de ningun modo puede desde entóntonces percibir en provecho suyo los frutos de esta cosa, ni librarse de la restitucion de los que tiene existentes en su poder para consumirlos.

La obligacion que, por este conocimiento, contrae de restituir la cosa con los frutos que tenga existentes lo impide. Sobre este particular, el derecho que la buena fé da al posesor de percibir los frutos en provecho propio, es diferente del derecho de usucapion, el cual, segun los principios del derecho romano, no queda interrumpido por la mala fé sobrevenida ántes del cumplimiento del tiempo de la usucapion. Esto mismo nos dice Paulo: *Si eo tempore quo res mihi traditur, putem vendendis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam? Pomponius: verendum ne non sit bonæ fidei possessor, quamvis capiat; hoc enim ad jus, id est, capionem, illud ad factum pertinere ut quis bona aut mala fide possideat; nec contrarium est quod longum tempus currit: nam e contrario is qui non potest capere propter rei (quamvis ipse bona fide possideat) vitium fructus suos facit; l.* 48, § 1, ff. *de adquir. rer. domin.*

Estos últimos términos de la ley nos hacen anotar una segunda diferencia entre el derecho que la

buena fé da al posesor de una cosa para percibir en provecho suyo los frutos, y el derecho de usucapion. El posesor de buena fé no tiene el derecho de usucapion con respecto á las muchas cosas de las que la ley prohibe la usucapion; pero su buena fé no deja de darle el derecho de percibir en provecho suyo los frutos de estas cosas.

Lo que acabamos de decir, segun Paul y Pomponio, en la ley 48, § 1, arriba anotada, esto es, que el posesor de buena fé de una cosa, que acaba de saber que la cosa no es suya, no puede por más tiempo percibir los frutos en su utilidad, parece opuesto á lo que Julian dice en la ley 25, § 2, ff. de usur: *Bonæ fidei emptor sevit, et antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse, an perceptione fructus suos faciat quæritur? Respondit, bonæ fidei emptor quod ad percipiendos fructus intelligi debet, quandiu evictus fundus non fuerit.*

Estas leyes pueden conciliarse diciendo que la ley 25, § 2, hace referencia al caso en que el propietario hubiese dejado concluir el tiempo de la usucapion sin despojar al posesor. En este caso, el propietario, habiendo, segun los principios del derecho romano, perdido su derecho de propiedad, no teniendo más excepciones que oponer respecto á la accion de reivindicacion de la cosa, no puede pedir más los frutos. Al contrario, la ley 48, § 1, se refiere al caso en que el propietario ha intentado la accion á tiempo, ántes de cumplirse el tiempo de la usucapion: en este caso, el posesor que sobre esta accion está condenado á entregarle la cosa, debe serlo tambien á restituir los frutos percibidos ó consumidos con posterioridad al tiempo en que ha tenido conocimiento que la cosa no era suya.

Sólo nos resta observar que cuando el posesor de

la cosa objeto de la accion en reivindicacion la ha adquirido en virtud de un justo título que presenta, se le presume haber creido de buena fé que su causante, de quien la ha adquirido, era propietario de la cosa, y le asistia el derecho de enajenarla; y esta buena fé se considera haber durado siempre hasta la litiscontestacion, en tanto que el demandante en reivindicacion no justifica lo contrario.

§ IV. *Cuáles son los principios del derecho francés sobre la restitucion de los frutos, en las demandas de reivindicacion.*

341. Los principios de nuestro derecho francés sobre la restitucion de los frutos en las demandas en reivindicacion son, respecto al posesor de mala fe, los mismos que los del derecho romano, tales como los hemos expuesto en el párrafo segundo.

En cuanto al posesor de buena fe, hasta el dia de la demanda en reivindicacion entablada contra él no debe restituir los frutos que haya percibido. En nuestra práctica francesa, que difiere en esto del derecho romano, ni siquiera veo que el demandante pueda pretender los frutos que se han encontrado existentes en poder del posesor, al tiempo de la demanda, cuando han sido percibidos ántes de entablarse.

Pero por la demanda que se ha entablado contra el posesor de buena fé, por medio de un emplazamiento, al principio del cual el demandante le da copia de sus títulos de propiedad, y quien tiene en consecuencia á este respecto, en nuestro derecho, el mismo efecto que tenia por el derecho romano la litiscontestacion; ese posesor cesa en adelante de ser reputado posesor de buena fé, suponiéndosele sabedor del derecho del demandante, por la copia que le ha sido entregada al tiempo del emplazamiento: ademas de esto, en virtud de esta demanda, queda constituido en plazo para la restitucion de la finca reivindicada; no puede, pues, desde este momento tener ningun derecho á percibir los frutos, y debe condenársele á restituir todos los que ha percibido con posterioridad á la demanda.

342. Se desea saber si la disposicion de la ley 48, arriba anotada, núm. 340, que somete al comprador de buena fe á la restitucion de los frutos, desde el dia en que se ha constituido posesor de mala fé, es decir, desde el dia que ha sabido que la finca no pertenecia al que se la ha vendido, y sí al demandante, debe practicarse en nuestro derecho. El decreto de 1539, art. 94, parece haberla adoptado. En ella se dice: «En todos los asuntos reales, petitorios y personales, intentados por fincas y cosas inmuebles, si en ellos viene comprendida la restitucion de frutos, serán adjudicados, no solamente despues de la contestacion en causa, sí que tambien desde el tiempo en que el condenado se ha constituido en plazo, y de mala fe ántes de la dicha contestacion.» El Sr. Bourdin, en su párrafo sobre este artículo, dice: «El artículo de nuestra Ordenanza, fundado en la equidad del derecho canónico, ha dispuesto que la adjudicacion de los frutos debe ser hecha desde el mismo momento en que uno se ha convertido en posesor de mala fé; lo cual interpretamos por el siguiente ejemplo: Cuando alguno, habiendo adquirido una cosa de buena fé, sabe despues, por habérsele comunicado los títulos de su adversario, que la cosa no es suya, empezando por consiguiente á constituirse en posesor de mala fé; si, desde el momento en

que queda reconocido como tal, no restituye la cosa, ántes bien sostiene el proceso, es cierto, por la regla y máxima de la Ordenanza, que debe ser obligado á restituir todos los frutos desde el tiempo en que queda constituido posesor de mala fé.»

Este autor añade: «Sin embargo, entiendo que esto no se observa en Francia, si esta mala fe no queda clara y verídicamente justificada.»

Fontanon, sobre este artículo, dice lo siguiente: El propietario de una heredad ha entablado una primera demanda contra el posesor que la ha adquirido de buena fé, la cual queda desierta despues de la litiscontestacion; luégo, presenta una segunda y justifica plenamente su derecho. ¿Este posesor debe ser condenado á la restitucion de los frutos desde el dia de la litiscontestacion de la primera demanda que resultó desierta? Contesta por razon de estar en duda que aunque la demanda haya sido desierta, esta circunstancia no purga su mala fé, es decir, no destruye de ningun modo el conocimiento que ha tenido del derecho del demandante, por los títulos presentados con la instancia que ha sido desierta. No le basta esta razon. En efecto, puede decirse que el abandono que el demandante ha hecho de su pretendido derecho sobre la primera demanda ha podido poner en duda razonable los títulos del demandante, y darle á entender que éste no los consideraba suficientes y se desconfiaba de su derecho: por consiguiente, la copia y comunicacion que le han sido dadas con motivo de la primera demanda no le han dado un conocimiento bastante cierto del derecho del demandante, para constituirle en posesor de mala fé.

ARTÍCULO VI.

De las prestaciones personales del demandante en la accion de reivindicacion.

343. Cuando sobre la accion de reivindicacion el demandante ha justificado su derecho, el posesor viene condenado á hacerle entrega de la cosa reivindicada; pero en ciertos casos, cuando el posesor ha desembolsado alguna suma ó contraido alguna obligacion por la liberacion, conservacion ó mejoramiento de la cosa que debe entregar, y alega tales excepciones, sólo debe entregarla obligándose ántes el demandante á reembolsarle é indemnizarle debidamente.

El primer caso es cuando el posesor ha pagado á sus acreedores cantidades para cuya seguridad les habia sido hipotecada la cosa. El propietario, habiendo despues entablado demanda en reivindicacion, la equidad no consiente que pueda lograr se le entregue la cosa sin que ántes reembolse al posesor de las sumas que haya pagado á los referidos acreedores, habiéndose con ellos exonerado la cosa de la hipoteca que sobre la misma pesaba, y siendo cantidades que el propietario tenia obligacion de pagar, á falta de haberlo hecho el posesor.

El propietario debe no solamente reembolsar esas sumas; debe igualmente dar cuenta de los intereses devengados de dichas sumas desde que las desembolsó, si bien tan sólo en el caso en que esos intereses excediesen de los frutos percibidos despues de la fecha del desembolso de dichas sumas, porque estos intereses deben compensarse en los frutos.

Papiniano dice esto mismo: *Emptor prædium quod a non dominis emit exceptione doli posita, non aliter domino restituere cogetur, quam si pecuniam creditori ejus solutam qui pignori datum prædium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recuperaverit; scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuerit; nam eos usuris novis dumtaxat compensari, sumptuum in prædium factorum exemplo, æquum est; l.* 63. ff. *de rei vind.*

Esta compensacion de los intereses de la suma que el posesor ha pagado, los cuales corren á su favor, y le son debidos desde el dia del pago de dicha suma, con los frutos percibidos despues del dia indicado, tiene lugar áun cuando ese posesor fuera un posesor de buena fé. Aunque ese posesor no sea obligado á la restitucion de los frutos percibidos antes de la demanda por via de accion, lo será por via de compensacion.

344. El segundo caso es aquel que Papiniano nos indica por medio de los últimos términos de la ley, *sumptuum in prædium factorum exemplo.* Cuando el posesor ha hecho mejoras necesarias para la conservacion de la cosa, las cuales hubiera tenido que hacer el propietario á no haberlas hecho el posesor, en este caso, tampoco puede el propietario obligar al posesor á entregarle la cosa, si primero no le ha reembolsado la suma invertida para la mejora hecha, así como satisfacerle los intereses de esta cantidad desde su desembolso, en lo que excediesen de los frutos percibidos por el posesor despues de dicho tiempo, con los cuales debe hacerse la compensacion.

Exceptuamos de nuestro principio las mejoras de simple conservacion; porque esta especie de mejoras es una carga de los frutos; por esto precisa-

mente es que el posesor de buena fé que percibe en provecho suyo los frutos ántes de la demanda, sin que á este respecto esté sujeto á ninguna restitucion para con el propietario, no debe igualmente tener contra el propietario ninguna repeticion de las mejoras de simple conservacion que haya hecho durante ese tiempo, siendo esas mejoras una carga de la posesion que ha tenido.

En cuanto al posesor de mala fé, pone las mejoras de conservacion hechas en el capítulo de gastos de la cuenta que debe rendir de los frutos percibidos, no quedando sinó obligado de las *deductis impensis.*

345. Ninguna diferencia hay que hacer entre el posesor de buena fé y el posesor de mala fé por el reembolso que se les debe hacer de lo que hayan pagado en el primero y segundo caso que arriba hemos citado; pero si hay que notarla entre uno y otro por lo que respecta á las mejoras hechas sin ser necesarias, sinó tan sólo útiles, al único fin de mejorar la cosa objeto de la accion de reivindicacion.

Relativamente al posesor de buena fé, el propietario, sobre la accion en reivindicacion, no puede obligarle á entregarle la cosa reivindicada, si ántes no le indemniza de las mejoras que haya hecho, aunque no hubiesen sido necesarias y hubiesen tan sólo aumentado el valor de la cosa reivindicada.

Justiniano cita un ejemplo de este principio, suponiendo que un posesor ha construido un edificio sobre una finca que poseia de buena fé; y opina que el propietario de esta finca sólo puede reivindicarla ofreciendo ántes reembolsar esta mejora al posesor: *Si quis in alieno solo ex sua materia domum ædificaverit..... illud constat, si in pos-*

sessione constituto ædificatore soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei possessor fuerit qui ædificavit; Instit. tit. de rer. div. § 30.

346. Este principio, que el posesor de buena fé debe ser reembolsado de las mejoras útiles hechas sobre la cosa objeto de la accion en reivindicacion, sufre algunas limitaciones que se sobreentienden en lo que acabamos de citar del texto de la Instituta, como lo ha observado Vinio en su *Comentario* sobre dicho texto.

La primera limitacion es que ese posesor no debe ser reembolsado precisa y absolutamente de todo lo que ha satisfecho por las referidas mejoras, sinó tan sólo del aumento de valor que la cosa mejorada objeto de la reivindicacion, haya experimentado al tiempo de la dejacion que debe efectuar.

Esto mismo nos enseña Paul refiriéndose al caso en que un comprador de buena fé haya levantado un edificio sobre un solar hipotecado. Paul dice: *Jus soli superficiem secutam videri..... sed bona fide possessores non aliter cogendos ædificium restituere, quam sumptus in extructione erogatos, quatenus res pretiosior facta est, reciperent; l.* 29, § 2, ff. *d. pign.*

Es lo que resulta del principio de que nace la obligacion en que está el propietario de reembolsar esas mejoras al posesor de buena fé.

La regla de equidad de que sólo nace dicha obligacion es que nadie puede enriquecerse con bienes ajenos. Segun este principio, el propietario no debe utilizar, á despensas de ese posesor, la mejora hecha por éste; y sí sólo en lo que esta cosa ha aumentado de valor por causa de dicha mejora: por consiguiente, sólo está obligado á reembolsar hasta el completo de dicho valor, aunque ascendiera á más lo reembolsado por el posesor.

Contra, vice versa, si el aumento que ha tenido la cosa por causa de esta mejora supera mucho su valor á lo que ha costado, el propietario sólo está obligado á reembolsar su coste; pues, aunque saca con esto mayor lucro, no redunda en perjuicio del posesor.

347. La segunda limitacion al principio que el posesor de buena fé debe ser reembolsado de las mejoras útiles, á lo ménos hasta el completo del aumento del valor que la cosa ha experimentado, es que este principio no es tan general que el juez no pueda algunas veces separarse de él, segun las circunstancias. Celso nos dice sobre el particular lo siguiente: *In fundo alieno quem imprudens ædificasti aut conseruisti constituet: finge et dominum (Id est, maxime hoc casu debet reddere impensam; sed etsi facturus non fuisset, regulariter debet deddere) eadem facturum fuisse; reddat impensam et fundum recipiat, usque eo duntaxat quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensam est. Finge pauperem qui si id reddere cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat; sufficit tibi permiti tollere ex his rebus quæ poseis; dum ita ne deterior sit fundus quam si initis non fuerit ædificatum; l.* 38, ff. *de rei vind.*

En este último caso, si hay una razon de equidad que milita á favor del posesor, que consiste en decir que el propietario no debe aprovecharse á sus expensas del aumento del valor que dichas mejoras han reportado á la heredad, de otro lado, existe otra razon de equidad más fuerte, si cabe, en favor del propietario, á la cual debe ceder la primera, y es que la equidad todavía permite ménos que el pro-

pietario esté privado de su finca por la que tiene una justa pretension, á falta de no poder indemnizar las mejoras por imposibilidad material, de las que podia prescindir al igual que del aumento del valor que han atraido á la heredad, la cual de ningun modo quiere vender y que le bastaba tal como la tenia en su primitivo estado.

Cuando las mejoras útiles, hechas por el posesor de buena fé, son de tal consideracion que al propietario no puede convenirle verificar el reembolso ántes de posesionarse de nuevo de su finca, y que esas mejoras han producido en el rendimiento de la finca un aumento considerable, paréceme que podrian conciliarse los intereses de las partes, permitiendo al propietario posesionarse de su heredad sin obligársele ántes á la indemnizacion de las mejoras hechas por el posesor de buena fé, y creando á favor de éste una renta de una suma aproximada al rendimiento que produce la heredad ocasionada por dichas mejoras. Por este medio se conservan los intereses de las partes; el propietario no queda privado de su propiedad por no poder indemnizar las mejoras, y ni se aprovecha, á expensas del posesor, del aumento del rendimiento que éstas han reportado á la heredad.

348. Hay mejoras que aumentan el valor de la cosa reivindicada en el caso que el propietario quisiera venderla, pero que no aumentan el rendimiento en el caso que contase guardarla: el propietario que, conservando esta cosa, no le reporta lucro ninguno la mejora, ninguna obligacion tiene de indemnizar al posesor de buena fé que la ha hecho, á ménos que ese propietario fuera un hombre que comerciara con objetos de la especie de la cosa reivindicada, en cuyo caso, aprovechándose de la cosa

cuyas mejoras han aumentado su precio, debe indemnizar al posesor de buena fé que las ha practicado. Las leyes citan este ejemplo: *Si puerum (servum) meum quem possideres erudisses, nec idem observandum: Proculis existimat quia neque carere servo meo debeam, nec potest remedium idem adhiberi quod in area diximus; l. 27, § fin.* ff. *de rei vind. (Forti quod pictorem aut librarium docueris,) dicitur non aliter officio judicis æstimationem haberi posse; l. 28, nisi si venalem eum habeas, et plus ex pretio ejus consecuturus sis propter artificium; l. 29,* ff. *d. tit.*

Se pueden concebir otros ejemplos. *Finge.* Un hombre ha comprado de buena fé un perrito que se me robó, y ha dado una cantidad de dinero para hacerle aprender á señalar la caza: habiendo luégo reconocido á mi perro, lo he reivindicado. No estoy obligado á reintegrarle la suma que ha dado para instruir á mi perro, siéndome inútil este gasto por no ser yo cazador; pero si me conocieran por comerciante de perros, seria obligado á reintegrársela, porque en este caso me aprovecho de este gasto, que es causa de que yo pueda vender mi perro más caro que si no hubiese estado amaestrado.

349. La tercera restriccion que debe hacerse al principio que obliga al propietario á reembolsar al posesor de buena fé las mejoras útiles que ha practicado en la cosa, objeto de la accion de reivindicacion, es que el propietario no debe reembolsar al posesor de buena fé la suma que le es debida por las dichas mejoras, sinó bajo la deduccion de lo que este posesor se halle ya reembolsado por los frutos percibidos..... Esto mismo nos advierte Papiniano: *Sumptus in prædium quod alienum esse apparuit, à bona fide possessore facti..... si fructuum*

ante litem contestatam perceptorum summam excedant, admissa compensatione, superfluum sumptum, meliore prædis facto, dominus restituere cogitur; l. 48, ff. *de rei vindic.*

Esto no destruye lo que hemos dicho arriba, esto es, que el posesor de buena fé percibe para sí los frutos, miéntras dura su buena fé, y en tanto el propietario no haya intentado contra él la accion de reivindicacion; porque no los percibe en utilidad suya sinó en el sentido que el propietario no puede, por via de accion, exigirle el beneficio; pero en cambio puede oponerle la compensacion con las partidas de gastos hechos por la cosa reivindicada.

350. Relativamente al posesor de mala fé, parece que las leyes romanas le han denegado el reembolso de las mejoras por él hechas, que no fueran necesarias, aunque hubieran hecho volver más preciosa la cosa reivindicada, permitiéndole sólo llevarse de la finca reivindicada las cosas que hubiera á la misma adherido y que fueran susceptibles de separacion, restableciendo las cosas á su primer estado: *Malæ fidei possessores*, dice el emperador Gordiano, *ejus quod in alienam rem impendunt, non eorum negotium gerentes quorum res est, nullam habent repetitionem, nisi necessarios sumptus fuerint; sin autem utiles, licentia eis permittitur, sine læsione prioris status rei, eos auferre; l.* 5, *Cod. h. t.*

El mismo dice en otra parte: *Vineas in alieno agro institutas solo cedere, et si a malæ fidei possessore id factum sit, sumptus eo nomine erogatos per retentionem servari non posse incognitum non est; l.* 1. *tit. de rei vind. in fragm. Cod. Gregor.*

Por último, Justiniano, *Inst. de rer. div.* § 30, despues de haber dicho que el que ha construido

sobre el solar de otro debe ser reembolsado de esta mejora por el propietario, añade: *Utique si bonnæ fidei possessor sit; nam scienti solum alienum esse, potest objici culpa, quod ædificaverit temere in es solo quod intelligebat alienum esse.*

A pesar de textos tan formales, Cuyás, obs. X, cap. I, opina que el posesor de mala fé debe ser reembolsado, al igual que el posesor de buena fé, de las mejoras útiles, hasta completar el aumento de preciosidad ó riqueza que entrañe la cosa; y que los textos de derecho que parecen de opinion contraria deben convenir en el espíritu, que si sólo se atiende y consulta al rigor de la ley, no puede el posesor de mala fé pedir con fundamento el reembolso; pero eso no impide que el juez se lo conceda, anteponiendo al rigor de la ley la equidad, que no consiente que el propietario lucre á expensas del posesor, segun nos demuestra la regla siguiente: *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari.* Funda su opinion sobre la ley 38, ff. *de petit. hæred.*, en la que se lee: *In cæteris necessariis et utilibus impensis posse separari, ut bonæ fidei quidem possessores, has quoque imputent, prædo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit: sed benignius est, in hujus quoque persona habere rationem impensarum; non enim debet petiter ex aliena jactura lucrum facere.*

Por grande que sea la autoridad de que Cuyás goza en las escuelas, la mayoría de los doctores que han escrito desde entónces han disentido de su opinion. De dos maneras puede contestarse á la ley que sirve de fundamento. La contestacion más ordinaria es que esta ley se refiere á la accion de peticion de herencia; que ninguna conclusion cabe de lo que debe observarse en la accion de reivindi-

cacion, rigiéndose estas dos acciones por reglas diferentes, como tendremos ocasion de ver en el capítulo siguiente: Vinnio contesta de otra manera á esta ley: pretende que el posesor de mala fé no puede exigir el reembolso de las mejoras útiles, ni en la accion de reivindicacion, ni áun en la accion de peticion de herencia; y que estos términos de la ley, *benignius est in hujus quoque persona haberi rationem impensarum*, no deben interpretarse en el sentido que el reembolso le deba ser concedido; sinó tan sólo en el sentido que se le debe permitir llevarse todo lo invertido en la finca, que sea susceptible de separacion, restableciendo las cosas en su primer estado; lo que tan sólo se le concede por razones de humanidad y de puro favor, puesto que esas cosas habiendo sido adquiridas de pleno derecho para el propietario de la finca de que forman parte, *jure accessionis et vi ac potestate rei suæ*, el posesor que las ha invertido, si sólo se atiende al rigor del derecho, ni áun deberia tener la facultad de separarlas.

Con respecto á la regla, *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari*, puede contestarse que puede oponerse por el posesor de buena fé, pero no por el posesor de mala fé; pudiéndole replicar el propietario que la equidad todavía le permitia ménos constituirle propietario, contra su voluntad, de un gasto que no queria hacer, introduciendo en la heredad que poseia injustamente mejoras que él sabia no asistirle derecho para hacerlas; que si se perjudica con que esas mejoras no le sean abonadas, cúlpese á sí mismo, porque ha sido falta suya el haberlas hecho: ademas, nadie tiene razon de quejarse de lo que sufre por su culpa: *Id quod quis sua culpa damnum sentit, non*

videtur sentire. Esta contestacion es justamente aquella que Justiniano, en el texto de las Institutas arriba citadas, pone en boca del propietario, para librarle del reembolso de las mejoras útiles respecto al posesor de mala fé: *Nam*, dice Justiniano, *scienti solum alienum esse potest objici culpa, quod ædificaverid temere in eo solo.*

Si el propietario no tiene obligacion de indemnizar al posesor de mala fé las mejoras útiles hasta el completo de la cantidad que forma el aumento del valor de la finca reivindicada, á lo ménos ese propietario no puede dispensarse de sufrir la compensacion en la parte que corresponda con el producto de los frutos: porque se considera que el propietario, con el uso que ha hecho de la mejora de su heredad, ha percibido ya el precio de dichos frutos hasta completar la cantidad correspondiente. El no tener en cuenta esto al posesor, seria hacerse pagar dos veces, lo cual no consiente la buena fé.

En nuestra práctica, se deja á la prudencia del juez el resolver, segun las diferentes circunstancias, si el propietario debe reembolsar al posesor de mala fé las mejoras útiles hasta el total de lo que la finca reivindicada ha aumentado en valor. Hay una mala fé caracterizada y criminal, tal como la de un usurpador que se ha aprovechado de la larga ausencia de un propietario, ó de la menor edad de un propietario que carecia de defensor, para ponerse en posesion de una heredad sin título ninguno: tal posesor de mala fé debe ser tratado con todo el rigor de la ley; no merece ninguna indulgencia; y en consecuencia no se le debe dar cuenta de las mejoras introducidas en la finca durante el tiempo que la ha poseido. Al contrario, hay especies de mala fé que no son criminales y que son

excusables. Por ejemplo, yo he comprado la heredad de un menor á su madre y depositaria, que á la sazon era muy rica, y se ha obligado á ratificarlo; luégo, mi vendedora ha experimentado un reves de fortuna, ha fallecido. El menor, llegado á la mayor edad, ha renunciado á su sucesion, y ha entablado contra mí una demanda de reivindicacion. Yo tenia *scientiam rei alienæ*, puesto que al hacer la compra he sabido que la finca pertenecia al menor, y que mi vendedora carecia de la facultad de enagenarla; pero esta mala fé dista de ser criminal; tenia un justo motivo para creer que el menor ratificaria la venta, ó llegaría á ser heredero de su madre; esta es la razon por que deba tratárseme con indulgencia, y que el juez haga que se me dé cuenta de las mejoras introducidas en la heredad, hasta el completo del aumento del valor que haya experimentado.

351. De la diferencia que existe entre el posesor de buena fe y el de la mala, tocante á las mejoras útiles, nace una cuestion, que consiste en saber si, para que el posesor pueda pretender ese reembolso, basta que fuese posesor de buena fe al tiempo de adquirir la finca; ó si hay necesidad que todavía lo fuera al tiempo de practicar las indicadas mejoras. Ulpiano, segun Julian, decide que es indispensable serlo al tiempo de hacerlas: *Julianus, libro* 8.° *Digestorum, scribit: Si in aliena area ædificassem cujus bonæ fidei quidem emptor fui, verum eo tempore ædificavi quo jam sciebam alienam, videamus an nihil mihi exceptio (exceptio doli mali, nisi refundat impensam) prossit? Nisi forte quis dicat prodesse de damno sollicito: puto autem hic exceptionem non prodesse; nec enim debuit jam alienam certus ædificium ponere; sed hoc ei*

concedendum est, ut sine dispendio domini areæ tollat ædificium quod possuit; l. 37. ff. *de rei vind.*

352. Hay que notar en cuanto al derecho que está concedido al posesor de mala fe de poderse llevar lo que haya empleado en la heredad reivindicada restableciéndola á su primer estado, que no puede separar de la misma sinó las cosas de las cuales puede sacar alguna ganancia con llevárselas, y que áun debe dejarlas, si el propietario le ofrece el precio que de ellas pudiere sacar: *Constituimus*, dice Celso, *ut si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas; l.* 38, ff. *de rei. vind.*

Segun estos principios, no le puede ser permitido borrar las pinturas con que decoró las habitaciones de la heredad reivindicada, aunque ofreciese restablecer las cosas á su primitivo estado. Por esto añade el jurisconsulto: *Neque malitiis indulgendum est, si tectorium, puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut afficias;* d. l. 38.

353. Nos falta observar que el posesor que está condenado á poner á disposicion del propietario la heredad reivindicada, aunque la haya comprado de buena fé, y que de buena fé la posea, no tiene derecho á pedir al propietario que le devuelva el precio que pagó por ella: *Incivilem rem desideratis*, dice el emperador Antonino, *ut agnitas res furtivas non prius reddatis, quam pretium solutum fuerit; l.* 2. *Cod de furt.*

Pero si hubiera probado que lo que el posesor ha pagado por el precio de la compra que ha hecho de la cosa que debe entregar al propietario, ha redundado en provecho de éste, áun cuando ese posesor fuera posesor de mala fé, el propietario debe devol-

verle el precio que pagó; debiéndose compensar los intereses de dicho precio con los frutos que el poseedor ha percibido. Por ejemplo, si he adquirido de un tutor una finca de su menor, que me ha vendido en su calidad de tutor sin observar ninguna de las formalidades establecidas; si, sobre la accion de reivindicacion que el menor, ya mayor de edad, ha despues entablado contra mí, se me ha condenado á entregársela, aunque fuera posesor de mala fe de esta finca, puesto que sabia muy bien que el que me la ha vendido no podia hacerlo; sin embargo, si puedo justificar que el precio ha redundado en provecho del menor, *puta*, que ha servido para pagar sus deudas, el juez, al condenarme á entregar la finca al menor, le condenará á su vez á devolverme el precio del que él se ha aprovechado.

Obsérvese que si ese tutor hubiera empleado el precio que le he pagado en redimir rentas debidas por el menor, no podria obligar al menor á otra cosa que á continuármelas.

ARTÍCULO VII.

De la ejecucion de la sentencia por la que se ha condenado al posesor á abandonar la cosa reivindicada; y del caso en que se ha colocado, por dolo ó por su falta, cuando no existe posibilidad de verificarlo.

§ I. *Del abandono que el posesor debe hacer de la cosa.*

354. Cuando sobre la accion de reivindicacion, el demandado está condenado por sentencia firme á poner á disposicion del demandante la cosa reivindicada; si esta cosa es un mueble que esté en

posesion del demandado quien habia obtenido el desembargo, debe éste devolverla al primer requirimiento que se le haga; de otra suerte, sobre su denegacion, el juez permite al demandante el hacerla tomar por un portero y llevársela del lugar en que se encuentre.

355. Cuando la cosa que el posesor debe abandonar por sentencia es una finca, la ordenanza de 1667, titulada *de la ejecucion de las sentencias*, 27, art. 1.°, le concede quince dias de tiempo para dejarla, á contar desde el dia de la notificacion de la sentencia que le haya sido hecha personalmente ó por cédula, á quien viene condenado á entregarla.

Esta dejacion consiste en que el posesor debe, en el término que le ha sido concedido, desalojar todos los muebles existentes en la finca que debe abandonar, dejarla vacante, y mandar las llaves al propietario demandante en reivindicacion.

No cumpliendo el posesor con esta prescripcion en el indicado tiempo de quince dias, dicha ordenanza, artículo 1.°, le aplica una multa de 200 libras, destinada por mitad para el rey y para la parte.

La ordenanza establece ademas, art. 3, que el posesor que, quince dias despues del primer requirimiento que le ha sido hecho, no ha cumplimentado la sentencia, sea condenado á dejar la finca mediante prision, y á indemnizar al propietario los daños y perjuicios.

Hay que notar que cuando la finca dista más de diez leguas del domicilio de la parte que debe entregarla, á los quince dias mencionados, se añade uno por cada diez leguas de distancia.

356. Cuando la parte persiste en denegarse obstinadamente á entregar la finca, el propietario puede hacerse poner en posesion *manu militari*.

Para esto obtiene del juez una sentencia que le permite ponerse en posesion de la heredad, y al efecto valerse de un cerrajero para abrir las puertas, desalojando los muebles que en la misma se encuentren.

El propietario que ha obtenido esta sentencia la hace ejecutar por un alguacil, acompañado de un cerrajero, testigos y de un carretero para desalojar los muebles y trasportarlos á alguna tienda vecina. Esto es conforme á la ley 68, ff. de rei vind., que dice: *Qui restituere jussus judici non paret..... si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur.*

357. Cuando el posesor no ha sido pura y simplemente condenado á abandonar la finca, sinó á condicion de indemnizarle el propietario de los gastos y mejoras hechas, éste no puede proceder contra él para obligarle á dejar la finca hasta tanto que se le haya reembolsado, teniendo el posesor, en este caso, el derecho de retenerla, *veluti jure pignoris*. Esto es lo que queda consignado en el artículo 9.

Pero como ese posesor podria prolongar la posesion de la finca, difiriendo liquidar la suma á que ascienden dichas mejoras, y que le debe ser reembolsada, la ordenanza previene en el indicado artículo 9 que el posesor deba liquidar dichos gastos y mejoras dentro de un plazo señalado por el juez; y que, no verificándolo en dicho plazo, se ponga al propietario en posesion de la finca, prestando caucion de hacerlos fectivos luégo que hayan sido liquidados.

La ordenanza de Moulins, artículo 52, exigía que el plazo en cuestion no excediese de un mes. La de 1667 lo deja al arbitrio del juez.

Para llegar á esta liquidacion, el posesor debe, por un acto de tramitacion, declarar los diferentes artículos de los gastos necesarios ó útiles, cuyo reembolso pide; calcular los trabajos de los jornaleros y las cartas de pago ó saldos satisfechos; nombrar un perito para girar una visita y estimar lo que las mejoras útiles han aumentado el valor de la finca; requerir al propietario para dar la conformidad ó hacer los reparos y nombrar otro de su parte.

El propietario contesta á este acto, nombra un perito de su parte, haciéndolo el juez en su defecto; los peritos dan su informe; y el juez, tanto sobre dicho informe que ratifica cuando nada hay que oponer en contra que pueda impedir la aprobacion, como sobre todo lo que ha sido dicho y presentado por las partes, regula la cantidad á la que deban ascender los indicados gastos y mejoras, cuya suma debe ser reembolsada al demandado por el propietario.

§ II. *De la liquidacion de los frutos que el posesor está condenado á restituir.*

358. Cuando el posesor que, sobre la accion en reivindicacion, viene condenado por sentencia firme á abandonar la finca reivindicada, está igualmente condenado á restituir los frutos que ha percibido, la ley de 1667, en su título 38, *de la liquidacion de los frutos*, artículo 1.°, prescribe que deba devolver, en las mismas especies, los que haya percibido de la última anualidad, teniéndolos aún existentes en su poder; y los de los años precedentes, segun la liquidacion que ha debido ser hecha en presencia del juez ó comisario.

Para llegar á esta liquidacion, el posesor, cuando por sí mismo ha cultivado la finca, debe prestar una declaracion de la cantidad de frutos que cada año ha recolectado, desde el tiempo que fué condenado á restituirlos; y como medio de justificacion, presentar los correspondientes recibos; artículo 2.

Cuando los frutos son granos, deben estimarse los que ha recogido cada año, sirviendo de tipo el precio corriente del mercado más próximo á la heredad, durante las cuatro estaciones del año, de las que se forma el año ordinario. Esta estimacion se hace sobre los resúmenes que el posesor debe traer del registro del valor de los granos, del juzgado del lugar donde radica dicho mercado, los cuales deben estar extendidos en buena forma, librados por el escribano del juzgado, y con su firma. La ley, en dicho título, artículo 8, dice expresamente que la estimacion de los granos sólo podrá llevarse á cabo por medio de los resúmenes de los susodichos registros.

Con respecto á los frutos de otra especie, tales como los del vino, de la cidra, yerbas, etc., que el posesor ha recogido cada año, debe determinarse el precio, ó por los recibos del posesor, si en ellos se ha hecho mencion de los precios á que los ha vendido, cada año, ó por medio de la estimacion que deberá tener lugar, hecha por personas competentes que las partes nombrarán de comun acuerdo. Por ejemplo, si es artículo de vino, esta estimacion debe practicarse por antiguos comerciantes en vino, que pueden á primera vista conocer, foleando sus registros, el precio que cada año ha valido el vino.

Luégo de hechas todas estas estimaciones, el posesor, en la cuenta que debe rendir de los frutos percibidos, se carga la suma á que asciende la estimacion de todos los frutos que debe restituir, de

la cual deben deducírsele los gastos invertidos para la plantacion y recoleccion de los frutos, juntamente con las cantidades que haya pagado, tanto por los gastos de conservacion y reparacion necesarias, como por la extincion de cargas en bienes raíces, tanto anales como extraordinarias, y por los decenos, veintenos y otros parecidos impuestos, debiendo entregar las cartas de pago de todas estas sumas.

359. Si el posesor, durante el tiempo que ha poseido la heredad que está condenado á entregar con el producto de los frutos, la hubiese alquilado ó arrendado, debe detallar los arrendamientos y alquileres hechos, y contar los arriendos y alquileres sobre la base de dichos arrendamientos, deduciendo las cargas, gastos de conservacion é impuestos, como se ha dicho arriba.

Si el precio de los arrendamientos no consistiera en dinero, sinó en cierta cantidad de granos por cada año, debería hacerse la apreciacion de los granos del arriendo de cada anualidad, segun los extractos del registro del lugar en donde el arriendo debe pagarse, del propio modo que lo hemos apuntado anteriormente. El propietario estaría en su derecho á no conformarse con el precio señalado á los arrendamientos y á pedir una estimacion, si alegara que hubiera cultivado por sí mismo la finca, sacando de la misma mayor producto.

360. Si la relacion de los frutos presentada por el posesor no ha sido en nada impugnada, el juez la resuelve, deduciendo de la suma á que ascienden los frutos que han debido señalarse aquella á que montan los artículos que figuran en el capítulo de deduciones que deben haberse hecho; y la suma á que ascienda el saldo, será pagada por el posesor, durante un mes, en un solo plazo.

Cuando el propietario á quien en virtud de sentencia debe el posesor restituirle los frutos impugna la cuenta, sosteniendo, por ejemplo, que el posesor ha cogido mayor cantidad de frutos que la que ha consignado en la cuenta, el juez concede á las respectivas partes el presentar prueba, tanto por escrito como por medio de testigos, de la cantidad de dichos frutos, y de los demas hechos por ellas sentados; artículo 3.

Si el propietario que ha impugnado la cuenta no justifica su pretension, debe condenársele á los gastos; y al contrario, si la justifica es el posesor á quien se debe condenar á pagarlos; cuyos gastos, en cualquiera de los casos, deben ser tasados por el juzgado que haya conocido en el asunto; artículos 4 y 5.

361. Cuando el posesor, que por sí mismo ha cultivado la finca, declara que no puede rendir cuenta de los frutos que está condenado á restituir, no recordando de ningun modo la cantidad recogida por cada año, de la que no hizo ningun registro, como tampoco de los gastos invertidos, no puede en este caso adoptarse otro camino que ordenar que los beneficios que el posesor debe restituir sean estimados por personas nombradas por las partes.

§ III. *Del caso en que el posesor se ha colocado fuera del estado de poder devolver la cosa reivindicada.*

362. Cuando la cosa mueble que el posesor ha sido condenado á restituir al propietario no puede ocuparla por sus propias manos porque haya desaparecido, si es por dolo del posesor, ya sea que efectivamente ha desaparecido, ya que la encubra, en este caso, segun los principios del derecho romano, el juez debe juramentar al demandante sobre la suma que él considera importan sus daños y perjuicios resultantes de que la cosa no se le haya devuelto, con cuya estimacion puede venir en conocimiento del precio que exige por esta cosa. El juez debe condenar al posesor á pagar al propietario la suma á que el propietario ha estimado por sí mismo sus daños y perjuicios previo juramento: *Qui restituere jussus judici non paret..... si non potest restituere si quidem dolo fecit quominus possit, is, quantum adversarius in litem, sine ulla taxatione, in infinitum juraverit damnandus est; l. 68, ff. de rei vind.*

Cuando solamente sea por falta del posesor el que la cosa haya desaparecido, sin que con todo haya habido de su parte ningun dolo, en este caso no se debe hacer prestar juramento *in litem* al propietario, y el posesor queda solamente condenado para con él al pago de los daños y perjuicios señalados por árbitros, en los que no queda comprendido el precio: *Si vero*, añade la ley, *nec potest restituere, nec dolo fecit quominus possit, non pluris quam quanti eres est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est;* d. l. 68 (1).

363. En nuestra jurisprudencia francesa, no se presta juramento *in litem* al propietario, y tanto si sólo es por falta, como por dolo del posesor, que la cosa no se le haya devuelto, no está condenado para con el propietario sinó al pago de los daños é intereses que regulasen las personas nombradas por las partes, prescindiendo de todo precio.

364. Cuando el posesor que, por falta suya, se

(1) Art. 29 y 30 Cod. de la Rep. Argentina, tit. 9, lib. 3.

ha colocado en el caso de no poder restituir la cosa reivindicada, paga al propietario la suma á que ascienden los daños y perjuicios, debiendo éste renunciar por esta cantidad á todo dereho que tuviera en esta cosa. Por esta razon este antiguo poseedor que ha pagado, como que se encuentra en el lugar y derecho del propietario á quien ha satisfecho dicha suma, puede ejercer en utilidad propia y á sus riesgos, contra las terceras personas que se encontraran en posesion de la cosa, la accion de reivindicacion que la que el propietario hubiera podido hacer uso, y si el propietario que ha recibido la cantidad se encontrara luégo en posesion, el antiguo poseedor que ha pagado esta suma podría con derecho intentar contra él la demanda á fin de obligarle á abandonarla: *Si culpa non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet æstimationem litis, audiendus erit a judice, si desideret ut adversarius actione sua cedat..... ipso quoque qui litis æstimationem perceperit possidente, debet adjuvari; l.* 63, ff. *de rei vind.*

Al propietario, en este caso, no puede consentírsele devolver la suma recibida, por el mero hecho de dispensarle de restituir la cosa á aquel de quien ha recibido la cantidad: *Nec facile audiendus erit*, añade seguidamente Papiniano, *si velit postea pecuniam quam ex sententia judicis, periculo judicati recepit, restituere;* d. l. 63.

El propietario á quien el demandado, que se ha colocado fuera del estado de restituir la cosa, ha satisfecho la suma á que han sido tasados los daños y perjuicios, viene indispensablemente obligado á cederle todos los derechos que tiene en esta cosa, pero sin ninguna garantía: *Petitor possessori de evictione cavere non cogitur rei nomine cujus æstimationem accepit; sibi enim possessor.*

Capítulo II.

De la peticion de la herencia.

365. La accion de reivindicacion de la que acabamos de tratar en el capítulo precedente tiene lugar para las cosas particulares. El propietario que ha perdido la posesion de la cosa, tiene esta accion contra el que la posee. La cuestion que las partes ventilan sobre esta accion, es saber si el demandante ha justificado suficientemente su derecho de propiedad de la cosa reivindicada. La peticion de herencia tiene lugar para las sucesiones: el heredero á quien corresponde la sucesion, ya sea totalmente, ya en parte, tiene esta accion contra aquellos que se la disputan, y que, bajo este pretexto, se deniegan á devolverle las cosas que están en su poder, dependientes de la indicada sucesion ó que hayan provenido de la misma; ó bien pagarle lo que deban á la dicha sucesion. La cuestion que hay que determinar, es saber si el demandante ha sentado bien su calidad de heredero, y si, en consecuencia, le corresponde la sucesion (1).

En la primera seccion veremos por qué personas y contra quiénes puede intentarse la peticion de herencia; en la segunda lo que el demandante debe establecer sobre esta accion y lo que el demandado puede oponerle. Veremos ademas, si y cómo, miéntras que el proceso dura sobre esta accion entre dos partes que se disputan la sucesion, los acreedores de la sucesion y los legatarios pueden

(1) L. 1, tít. 14 Part. 6, L. 25 § pen. L. 12 § 1, D. de pet. hæred., tít. 3, lib. 5; Instit. § 1 de act. tít. 6, lib. 4.

hacerse pagar. Trataremos en la tercera seccion de la restitucion que debe ser hecha de los bienes de la sucesion por el posesor al heredero cuya herencia ha obtenido en virtud de su demanda. En la tercera, nos ocuparemos de las prestaciones personales á las que en este caso el posesor viene obligado para con el heredero: en la quinta de las que de su parte debe el heredero hacér para con el posesor. Por último, en la sexta seccion, trataremos de las diferentes acciones que hay á ejemplo de la peticion de herencia.

SECCION PRIMERA.

Por qué personas y entre cuáles puede intentarse peticion de herencia.

ARTÍCULO PRIMERO.

Por qué personas puede intentarse la peticion de herencia.

366. Del mismo modo que la accion de reivindicacion no puede ser válidamente intentada sinó por el propietario de la cosa reivindicada, por igual razon la peticion de herencia no puede intentarse sinó por el heredero del difunto cuya sucesion reivindica, y por lo tanto propietario de esta sucesion. En las provincias regidas por el derecho escrito, y en algunas costumbres que reconocen á los herederos testamentarios, tal como la de Berry, el heredero puede intentar la peticion de herencia, ya sea heredero testamentario, ya sea heredero legítimo. En las costumbres de Paris, de Orleans, y casi en

todo país consuetudinario, no se reconoce otro heredero que el legítimo (1).

367. El que tan sólo es heredero en parte, puede con igual derecho intentar la peticion de herencia que el que es heredero universal, con la diferencia que éste reivindica la sucesion entera contra los que poseen algunos efectos, por insignificantes que éstos sean, y se deduce, en consecuencia, que el juez, declarando que la sucesion le pertenece por el total, condena al demandado á entregarle el total de los efectos de esta sucesion que tiene en su poder; al paso que el que sólo es heredero en parte reivindica únicamente la parte de la sucesion que le corresponde, de lo cual se sigue que el juez, al declarar que la sucesion le corresponde por una parte determinada, condena al demandado á hacerle entrega de los efectos de esta sucesion que conserva en su poder, sólo por la parte que tiene en esta sucesion.

368. No solamente el heredero inmediato de un difunto tiene derecho de reivindicar, por esta accion de herencia, la sucesion de ese difunto, sí que tambien asiste el mismo derecho al heredero de este heredero; porque el heredero inmediato, habiendo trasmitido todos sus derechos á su heredero, le ha trasmitido la propiedad que tenía de esta heredad. Esto nos dice Gaius: *Si Titio qui Seio hæres extitit, nos hæredes facti sumus; sicuti Titii hæreditatem nostram esse intendere possumus, ita et Seii;* l. 3. ff. *de hæred. petit.*

Lo que acabamos de decir del heredero debe entenderse *quantumvis per longissimam successionem;* porque es una regla de derecho que *qui per succes-*

(1) L. 37 D. de adq. del omit. hæred. tít. 2, lib. 29, L. 50, § 1; de rei. vind. tít. 1, lib. 6.

sionem quamvis longissimam hæredes constiterunt, non minus hæredes intelliguntur, quam qui principaliter hæredes existunt; l. 194, *alias* 154, ff. de R. J.

369. Un cesionario de derechos sucesivos puede tambien intentar la peticion de herencia, no de su principal, pero sí del principal del heredero que le ha cedido sus derechos sucesivos.

Cuando el posesor de los caudales de la sucesion, emplazado en virtud de la demanda de ese cesionario de derechos sucesivos, le disputa la propiedad de la sucesion, y la calidad de heredero que tiene su cedente, puede requerir á su cedente, que es su garante formal, para que le sustituya como parte en causa, y prosigue la demanda de peticion de heredad contra el demandado que disputa su calidad de heredero y la propiedad de la sucesion: puesto que áun cuando aquel que ha vendido sus derechos sucesivos no sea garante de los objetos particulares de la sucesion, lo es de la sucesion, cuando es la misma sucesion y su calidad de heredero que se disputan á su cesionario: *Hæredem se esse præstare debet; l.* 18. ff. *de hæred. vind.*

Otra cosa sería si alguno hubiese vendido, no sus derechos sucesivos, sinó sus pretensiones á una determinada sucesion, si es que algunos puede tener. En este caso, el cesionario de dichas pretensiones, ora que él mismo haya intentado la peticion de herencia, ora que haya sido intentada contra él, debe hacer valer á sus riesgos las pretensiones de su cedente, cuando le son disputadas, sin que pueda obligar á su cedente á que salga garante, ni ejercer recurso alguno contra él, á ménos que hubiera habido dolo por parte de su cedente, como si se hubiese justificado que al tiempo de la cesion el cedente tenía perfecto conocimiento que

las pretensiones ó derechos que vendía eran mal fundadas; en este caso, el cesionario tiene la accion de dolo contra él. Por esta razon Gaïus, despues de haber dicho que no contrae obligacion alguna de garantía el que sólo ha vendido sus pretensiones, añade: *Hoc ita intelligendum, nisi sciens ad se non pertinere ita vendiderit; nam tunc ex dolo tenebitur; l.* 12, ff. *de hæred. vind.* Véase nuestro *Tratado del contrato de venta*, núm. 528 y 529.

ARTÍCULO II.

Contra quién puede intentarse la peticion de herencia.

370. La peticion de herencia puede ser intentada, no solamente contra los que se han puesto en posesion de los bienes, ó de la mayor parte de los bienes de la sucesion que se ha reivindicado por el demandante, sinó áun contra aquel que sólo poseyera un efecto de esta sucesion por insignificante que fuese, cuando ese posesor, para no tener que devolver este efecto, disputa al demandante la propiedad de la sucesion, y su calidad de heredero, en la que exige la restitucion: *Difiniendum est eum teneri petitione hæreditatis, qui vel jus pro hærede vel possessore possidet vel rem hæreditariam, licet minimam; l.* 9, *l.* 10, ff. *de hæred. petit* (1).

Si el posesor no disputase al demandante su calidad de heredero, sinó que afirmara que las cosas cuya restitucion le pide el demandante, en calidad de heredero de cierto fulano, no pertenecen al difunto, en este caso, la contestacion no versando

(1) Molitor, N. 7, 8 y 21, Cod. de la Rep. Argentina, art. 18, tít. 9, lib. 3.

sobre la propiedad de la sucesion, sinó sobre la propiedad de cosas particulares, no habría lugar á la peticion de herencia, y sí á la accion de reivindicacion.

371. Respecto á los posesores que pretenden que la sucesion cuyos efectos poseen les pertenece, ya sea en su totalidad, ya en parte, la peticion de herencia procede contra ellos, ora que no les asista ningun derecho en esta sucesion, ora que en efecto les corresponda una parte, cuando disputan al demandante la parte que haya, por la cual ha intentado contra ellos la peticion de herencia. Por esto, en el caso que una hermana, siendo heredera de un difunto juntamente con sus cuatro hermanos, cada uno por una quinta parte, hubiese intentado la peticion de herencia por su quinta parte contra sus hermanos que se apoderaron de los efectos de esta sucesion, que pretenden pertenecerles con exclusion de su hermana; el jurisconsulto resuelve que la peticion de herencia procede contra ellos y que cada uno de dichos hermanos debe, sobre esta accion, estar condenado á restituir á su hermana la quinta parte de lo que se apropiaron: *Sorori, quam cohæredem fratribus quatuor in bonis matris esse placuit, quinta portio, pro portionibus, quæ ad eos pertinuit, cedet; ita ut singuli in quarta, quam antea hebere credebantur, non amplius ei quintam conferant; l.* 6, ff. *si pars hæred. ped.*

372. Segun nuestra costumbre, un heredero singular para los efectos de la reparticion empieza ordinariamente por entablar demanda contra los demas herederos que se han apoderado de los bienes de la sucesion. Pero si los herederos, emplazados por esta demanda, disputan al demandante la parte que pretende en la sucesion cuya reparticion

pide, el demandante, al sostener contra los demandados que la parte que se le disputa sólo á él le corresponde, se considera intenta contra ellos la peticion de herencia por esta parte; y esta peticion debe ser tramitada y juzgada ántes de tener lugar la demanda de reparticion.

Un heredero singular, no pudiendo, sobre la peticion de herencia, conseguir que se condene á uno de los que poseen los efectos de la sucesion á que los deje todos, por pocos que sean los que posea, sinó solamente en cuanto á la parte de la que el demandante resulta ser heredero y por la que ha intentado su peticion, como lo hemos visto *supra* núm. 367, se sigue de esto que no basta al heredero singular intentar la peticion de herencia contra alguno de los posesores: es de todo punto necesario que la intente contra todos. Esto mismo nos dice Ulpiano: *Si duo possideant hæreditatem et duo sint qui ad se partes pertinere dicant, non singuli a singulis petere contenti esse debent, puta, primus a primo, vel secundus a secundo, sed ambo a primo, et ambo a secundo; neque enim alter primi, alter secundi partem possidet, sed ambo utriusque; l.* 1, § II, ff. *si pars hær. pet.*

373. La peticion de herencia puede intentarse no solamente contra los que poseen bienes dependientes de la sucesion, sinó generalmente contra todos á quienes ha pertenecido alguna cosa, tal como el que ha recibido alguna cantidad de los deudores de la sucesion, ó del precio de la venta de algunos efectos de la misma sucesion, cuando, para librarse de tener que dar cuenta de ellos al demandante, le impugna la sucesion y su calidad de heredero: *Sed et is qui pretia rerum hæreditariarum possidet, item is qui a debitore exegit, peti-*

tione hæreditatis tenetur; l. 16, § I, ff. *de hæred. petit.*

374. La peticion de herencia puede tambien ser intentada contra un deudor de la sucesion, cuando, para librarse de pagar lo que debe á la sucesion, pretende que ésta á él le corresponde y se la disputa al demandante. *Item* (*peti potest hæreditas,* dice Ulpiano), *a debitore hæreditario quasi a juris possessore; nam et a juris possessoribus posse hæreditatem peti constat;* l. 13, § fin. ff. *d. tit.*

El sentido de estas palabras, *quasi a juris possessore,* es que en virtud de denegarse este deudor á pagar lo que debe á la sucesion, pretendiendo que ésta le corresponde, se coloca, de cierto modo, en posesion de un derecho de sucesion, esto es, del crédito que tenía contra él el difunto, pretendiendo habérsele trasmitido con su deseada calidad de heredero.

Pero cuando el deudor no pretende que le corresponde la sucesion hácia la que se considera deudor, pero funda la denegacion que hace de pagar al demandante lo que debe á la sucesion únicamente en que sostiene que el demandante no le ha justificado plenamente que dicha sucesion le pertenece, lo cual es de todo punto necesario para que pueda pagarle con toda seguridad; en este caso, no hay lugar á la peticion de herencia contra ese deudor, *qui nullam facit hæreditatis contraversiam.* El heredero no tiene, en semejante caso, otra accion contra ese deudor que la que nace del crédito del difunto, sobre el cual debe justificar su calidad de heredero, que ha sido la causa de haber hecho recaer esta accion en su persona: *Si debitor hæreditarius non ideo nolit solvere quod se dicat hæredam , sed ideo quod neget aut dubitet an hæreditas pertineat ad eum qui petit*

hæreditatem , *non tenetur hæreditatis petitione* ; *l.* 42, ff. *d. tit.*

375. Segun los principios del derecho romano, el verdadero heredero no tenía la accion directa de peticion de herencia contra el posesor de los bienes de la sucesion, sinó cuando ese posesor pretendía, de su principal, la propiedad de la sucesion. Cuando sólo la pretendía del principal de otro, de quien había adquirido los derechos sucesivos, el heredero tenía solamente contra él la accion útil, que tenía los mismos efectos que la directa : *Si quis hæreditatem emerit an utilis in eum petitio hæreditatis deberet dari? Putat Gaius Cassius dandam utilem actionem;* l. 13, § 4, ff. *d. tit.* Esta distincion de acciones directas y útiles, que no difieren sinó *subtilitate juris,* está desconocida en nuestro derecho (1).

376. Se puede igualmente intentar la peticion de herencia contra aquel que de hecho no posee más ninguna de las cosas de la sucesion cuya propiedad pretende, pero que por dolo ha cesado de poseer los que les correspondían : *Si quis dolo fecerit quominus possideat, hæreditatis possessione tenebitur;* l. 13, § 14. Esto mismo había sido ordenado por la constitucion de Adriano, citada en la ley 20, § 6. ff. *de tit.*, en la que se dice : *Eos qui bona invasissent quum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint quominus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent.*

377. En fin, en la peticion de herencia, lo mismo que en la accion de reivindicacion, cuando el demandante ha citado á alguno para que abandone cierta cosa de la que se creía posesor aunque no la

(1) Duranton, tomo 7, N. 92 hasta 95. Aubry y Rou, § 616 y nota 5, L. 13, § 4 y 8, tit. 3, lib. 5 Dig. Cod de la Rep. Argentina 14 tit. 4, lib. 4.

poseyese; si la parte emplazada, animada del deseo de engañar al demandante y para dar al que la poseía el tiempo necesario para adquirirla por derecho de usucapion, ha contestado á la demanda como si poseyera esta cosa, afirmando que le pertenecía la sucesion de la que depende dicha cosa y no al demandante, se la debe condenar, por consecuencia de la demanda, de igual modo que si efectivamente hubiese poseido la cosa: *Qui se liti obtulit quum rem non possideret, condemnatur*; l. 45, ff. *de petit hæred.*

No sucedería así si el demandante supiera que la parte emplazada no poseía la cosa por la que se la emplazó, porque, en este caso, no le hubiera engañado. Por esta razon añade á renglon seguido dicho jurisconsulto: *Nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actionem ab initio litis scire eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus, et qui se hæreditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur quanti ejus interfuit non decipi*; d. l.

SECCION II.

Qué debe establecer el demandante sobre la accion de peticion de herencia, y lo que se le puede oponer; si, y cómo, durante el pleito, los acreedores de la sucesion y los legatarios pueden hacerse pagar.

ARTÍCULO PRIMERO.

De lo que debe sentar el demandante sobre la demanda de peticion de herencia; y de lo que se le puede oponer.

378. Aunque, sobre la demanda de peticion de herencia, el posesor no esté condenado á abandonar sinó las cosas dependientes de la sucesion del difun-

to, cuyo heredero es el demandante, sin embargo, no son propiamente cosas que sean reivindicadas por esta accion; es la sucesion misma lo que se reivindica. A esto es debido que el demandante que ha intentado la demanda de peticion de herencia, ya sea en calidad de único heredero de cierto fulano, ya como heredero singular del mismo, debe establecer y justificar contra el demandado que le disputa la sucesion de dicho fulano que está sucesion le toca á él, ó totalmente, ó en la parte por la que dice ser heredero; al objeto de que luégo que lo haya sentado, el demandado venga condenado á restituirle, no toda la sucesion, ni toda la parte de esta sucesion que pertenece al demandante, sinó solamente todos los efectos que posee de esta sucesion, los cuales debe restituir, ó en su totalidad, cuando el demandante es heredero único, ó en la parte solamente de la que es heredero cuando es singular: *Qui ex asse vel ex parte hæres est, intendit quidem hæreditatem suam esse totam vel pro parte, sed hoc solum ei officio judicis restituitur quod adversarius possidet, aut totum si ex asse sit hæres, aut pro parte ex qua hæres est; l. 10, § 1, ff. d. tit.*

La peticion de herencia debe, pues, medirse sobre el derecho que el demandante pretende tener en esta sucesion y no sobre lo que posee el demandado. Por esto, por insignificante que sea lo que posea, el demandante, por esta accion, reivindica contra él toda la sucesion si es heredero universal, ó toda la parte por la que es heredero cuando lo es en parte únicamente: *Qui hæreditatem vel partem hæreditatis petit, is non ex eo metitur quod possessor occupavit, sed ex suo jure, et ideo sive ex asse hæres sit, totam hæreditatem vindicavit, licet tu unam rem possideas; sive ex parte, licet tu totam hæreditatem possideas l. 1, § 1, ff. si pars hæred. pet.*

379. Cuando el demandante en peticion de herencia, á quien se le disputa la sucesion por los demandados, es un heredero testamentario, en las provincias donde son admitidos, el demandante dede justificar su derecho en la sucesion que reivindica, presentando el testamento por el que ha sido instituido heredero.

Cuando los demandados en peticion de herencia son los que, á falta de testamento, son llamados á la sucesion *ab intestat* del difunto, deben impugnar el testamento que forma la base de la demanda del demandante. Antes de esto, pueden igualmente, cuando el testamento es alógrafo, pedir que sea examinado por peritos nombrados de comun acuerdo por las partes, para estar escrito y firmado de mano del difunto.

Este exámen se hace siempre á expensas de la sucesion, no viniendo obligadas las partes demandantes á conocer el carácter de letra del difunto.

Cuando la parte que ha pedido este exámen tuviera perfecto conocimiento de la letra del difunto, viene obligada, en conciencia, á devolver á la sucesion los gastos de dicho exámen, que ha hecho practicar maliciosamentente y sin ninguna necesidad.

380. Cuando el testamento es solemne, no hay lugar á ningun exámen. La fe que es debida al empleado público que lo ha autorizado, justifica suficientemente la verdad de la firma del testador y de los testigos; á ménos que los demandados quisieran probar patentemente la falsedad del testamento, en cuyo caso esta acusacion debería ser tramitada y juzgada ántes de darse resolucion sobre la peticion de herencia; y si aquel que ha formado la acusacion no justificara la falsedad, deberíasele condenar á los gastos, daños y perjuicios, á los que están condenados quienes han intentado una acusacion de calumnia.

381. Se puede impugnar el testamento sobre el cual el demandante en peticion de herencia funda su pretension, ó por causa de nulidad por algun defecto de forma ó por hechos de sugestion á cuya prueba el juez debe admitir al demandado que los opone, cuando están bien articulados.

Contra el testamento se pueden igualmente oponer los vicios sacados del motivo que ha llevado al testador á hacerlo, como cuando puede sentarse que ha sido hecho por un motivo de captacion ó de un odio injusto que el testador tenía contra sus hijos. Puede igualmente oponerse contra el testamento que el testador era incapaz de testar, ó que ha cambiado de voluntad con posterioridad á su testamento. Finalmente, puede oponerse al demandante que es incapaz de la institucion de heredero á su favor hecha, ó que es indigno. El demandado debe justificar lo que opone contra el testamento.

382. Cuando el demandante en peticion de herencia es un heredero legítimo debe, para sentar que le corresponde la sucesion que le es disputada por el demandado, describir al demandado su genealogía, por la que establece su grado de parentesco con el difunto.

Esta genealogía debe justificarla por títulos genealógicos, siendo como tales los actos de bautisme, de celebracion de matrimonio, las premisas de contratos de matrimonio ó los actos de particion.

Cuando el demandante pretende que entre los documentos de la sucesion de los que cree que se ha apoderado el demandado hay títulos genealógicos que pudieran utilizarse para establecer y justi-

ficar su genealogía, procede pedir que el demandado los presente, ó cuando ménos, si no se puede probar que los tiene, que venga obligado á prestar juramento de que no los tiene.

383. Luégo que el demandante ha establecido su genealogía el posesor debe impugnarla si cree que no la ha establecido conforme, ó si la juzga suficientemente establecida, de su parte establecer la suya, para justificar que está en grado más próximo que el demandante, y en consecuencia que su demanda no es procedente, ó para justificar tambien que está en igual grado y consecuentemente que la demanda no procede sinó por partes.

Si el posesor contra quien el demandante reivindica la herencia *ab intestat* del difunto pretende ser heredero testamentario, en las provincias donde son admitidos los herederos testamentarios, debe presentar el testamento por el que ha sido instituido; examinarlo si es alógrafo, debiendo el demandante impugnarlo por los medios arriba citados.

384. Se desea saber si el posesor que pretende ser heredero testamentario puede oponer contra el demandante que reivindicia la herencia *ab intestat*, para que no sea oido en su demanda, que el demandante ha aprobado el testamento con recibir un legado particular que se le hizo por ese testamento. Paul opina por la negativa: *Legitimam hæreditatem vindicare non prohibetur is qui, quum ignorabat vires testamenti, judicium defuncti secutus est; l.* 8, ff. *de hæred petit.*

Sin embargo, eso debe depender de las circunstancias. Cuando parece que ha recibido el legado por una equivocacion, y que ha tardado mucho en saber los defectos que entiende oponer contra el testamento, no es posible oponerle excepciones contra su demanda, que intenta de buena fe, y no se le puede obligar con aceptar el legado, á renunciar la herencia *ab intestat;* porque no posible hacer renunciar un derecho, en tanto se ignora que uno lo tiene : pero si parece ser de mala fe, procede que se le oponga excepcion. Por esta razon el mismo Paul dice en otra parte: *Imperator Antonius rescripsit, ei qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognitâ hæreditatis petitionem negandam esse, scilicet si manifesta calumnia sit; l.* 43, ff. *d. tit.*

385. Otra cuestion se ha suscitado, que consiste en saber si ese demandante cuya peticion de herencia le ha sido admitida, debe perder su legado caso que en definitiva pierda el pleito. Paul resuelve todavía esta cuestion negativamente, cuando no existe mala fe por parte del demandante: *Postquam legatum á te accepi, hæreditatem peto. Antonius quibusdam placuisse ait non aliter mihi adversus te dandam petitionem quam si legatum redderem; videamus ne non aliter petitor hæreditatis legatum restituere debeat, quam ut ei caveatur, si contra eum de hæreditate judicatum fuerit, reddi ei legatum? Quum sit iniquum eo casu possessorem hæreditatis legatum quod solverit retinere, et maxime si non per calumniam, sed per errorem, hæreditatem petierit adversarius; idque et Lælius probat; d. l.* 43.

386. Cuando es un cesionario de derechos sucesivos el que intenta la peticion de herencia, debe establecer todo lo que su cedente de cuyo principal la intenta, debería establecer, y se le puede oponer todo lo que puede ser opuesto á su cedente.

ARTÍCULO II.

Del efecto del pleito pendiente sobre la peticion de herencia.

§ I. *De su efecto frente por frente de las partes litigantes.*

387. El efecto del proceso sobre la peticion de herencia es que, miéntras está pendiente, suspende los derechos que una y otra de las partes tienen contra el difunto, hasta la sentencia definitiva que debe recaer sobre la peticion de herencia. Porque la suerte de estas acciones depende del fallo que debe recaer. Si por ese fallo se declara que la herencia debe pertenecer al que tiene estas acciones contra el difunto, no hay lugar á estas acciones que, por su calidad de heredero, son confusas en su persona; sólo hay lugar á las mismas cuando la herencia, en virtud de la sentencia, pertenece á su adversario, contra el cual puede ejercerlas despues del fallo en cuestion.

388. Habiéndose interrumpido el ejercicio de estas acciones por causa del proceso sobre la peticion de herencia, ¿ha dejado igualmente de correr durante el proceso el tiempo de prescripcion contra esas acciones? Yo opino que no. No debe estar en poder de un acreedor de la sucesion el prorogar el tiempo de su accion con entablar un mal proceso. Si el pleito sobre la peticion de herencia impide que no pueda obrar sobre esas acciones, puede cuando ménos, para interrumpir el tiempo de la prescripcion, presentarlas por un acto de procedimiento durante la sustanciacion del pleito sobre la

peticion de la herencia, salvo el correspondiente sobreseimiento, y no obrar sinó despues de la sentencia definitiva.

Opondréis tal vez que no puede presentar estas acciones, porque, al efectuarlo, destruiría la pretension que tiene de que le pertenece la herencia. A esto contesto que puede hacerlos valer por medio de conclusiones subordinadas, declarando que es sólo en el caso que, contra su confianza, la sucesion, por el fallo que debe recaer sobre la peticion de herencia, se declarase pertenecer á su adversario.

389. Pasemos al caso contrario. Cuando es la sucesion la que tiene alguna accion contra una de las partes que se disputan la sucesion el pleito que está pendiente sobre la peticion de herencia parece tambien deberla suspender hasta despues de la sentencia que debe recaer sobre la peticion de herencia, porque la suerte de esta accion depende precisamente de este fallo. Si por la sentencia en cuestion se resuelve que la sucesion pertenece al deudor, la accion resultará haberse extinguido y confuso; si, al contrario, la sucesion pertenece á la otra parte, la ejercerá contra el deudor.

Si con todo el deudor de una sucesion entablara contra la persona que está en posesion de los bienes de esta posesion una demanda en peticion de herencia desposeida al parecer de todo fundamento, ese posesor debe estar en el caso, áun durante el pleito sobre la peticion de herencia, de pedirle y exigir de él lo que debe á la sucesion, á condicion de restituírselo caso que en definitiva lograra su objeto sobre la peticion de herencia; no siendo justo esté en poder de un deudor de la sucesion el retardar el pago de lo que debe, so pretexto de intentar sin

fundamento una demanda en peticion de herencia.

390. Es evidente que la peticion de herencia suspende la accion de particion; porque para dividir una sucesion es más natural determinar ántes entre qué personas debe hacerse la reparticion y la parte que á cada una de ellas debe pertenecer.

391. Otro de los efectos del pleito sobre la peticion de herencia es que, desde el punto que la demanda ha sido presentada, está prohibido al posesor de bienes de la sucesion el vender la más mínima cosa: *D. Pius rescripsit prohibendum possessorem hæreditatis de qua contraversia est antequam lis inchoaretur, aliquit ex ea distrahere; l.* 5, ff. *de hæred. petit.*

Esta regla sufre, sin embargo, algunas excepciones. Por ejemplo, se debe permitir al posesor vender las cosas perecederas: *Res tempore perituras permittere debet prætor distraere; d. l.* 5.

Débesele igualmente permitir vender alguna finca, á falta de muebles, para pagar las deudas de la sucesion y para prevenir un embargo real de los bienes de la sucesion que los acreedores pudieran trabar: *Si futurum est ut nisi pecunia intra diem salvatur, pignus distrahatur; d. l.* 5.

Cuando existen algunos gastos necesarios por hacer para la conservacion de los bienes de la sucesion, se le debe permitir vender hasta el completo de la suma necesaria para costearlos: *Non solum ad æs alienum hæreditarium exsolvendum necessaria alienatio possessori est, sed etsi impensæ necessariæ in rem hæreditariam facta sunt a possessore, vel si mora perituræ deterioresve futura erant; l.* 53, ff. *d. tit.*

En todos estos casos, cuando el juez ha permitido al posesor vender, durante el proceso, los efectos de

la sucesion, la venta debe hacerse con apelacion de la parte contraria.

§ II. *Del efecto del pleito pendiente sobre la peticion de herencia con relacion á terceras personas, tales son los acreedores de la sucesion y los legatarios.*

392. El proceso sobre peticion de herencia suscitado entre dos partes que se disputan la sucesion, no debe de ninguna manera ser obstáculo para que los acreedores de esta sucesion sean pagados; no deben quedar perjudicados con este pleito. Justiniano en la ley fin., *Cod. de pet. hæred.*, distingue, á este respecto, los acreedores de cosas ciertas de los acreedores de una cantidad de dinero.

Los acreedores de cosas ciertas, tales son aquellos acreedores de la restitucion de una cosa que han prestado ó constituido en depósito al difunto, pueden proceder contra el posesor en cuya casa se halla la cosa, el cual no puede resistirse á devolverla á ese acreedor, quien, de su parte, le remitirá el resguardo del préstamo ó depósito que el difunto le había dado.

Si ese acreedor de cosa cierta hubiese dirigido la demanda contra el heredero demandante en peticion de herencia en cuya casa no existe la cosa, este heredero podría con perfecto derecho entablar demanda contra el posesor en cuyo poder está la cosa; porque un deudor de cosa cierta no debe devolverla, cuando, sin hecho ni culpa suyos, un tercero le ha usurpado la posesion.

393. Relativamente á los acreedores de cantidades de dinero, Justiniano resuelve que pueden dirigirse indistintamente contra cualquiera de las partes que se disputan la sucesion, sin que ni la

una ni la otra puedan pedir el sobreseimiento de la demanda del acreedor, hasta la decision del pleito instruido sobre la peticion de herencia.

Aunque el demandante en peticion de herencia no esté todavía en posesion de los bienes de la posesion, está obligado, por la sola cualidad de heredero que pretende tener, á pagar las deudas de la sucesion, con la salvedad de que, en el caso que, por proceder la accion en peticion de herencia, la sucesion fuese declarada pertenecer á la parte contraria, tiene derecho á que ésta le reembolse de todo lo que ha pagado á dicho acreedor de la sucesion. Tal es la opinion de Justiniano sobre el particular. Mi parecer es que se debe favorecer más al demandante en peticion de herencia, y que, sobre la demanda entablada contra él por el acreedor, debe notificarla al posesor que le disputa la sucesion, llevar á efecto contra el mismo lo que le toque practicar, y extinguir el crédito luégo que el acreedor le haya establecido; reservándose hacerse señalar en la cuenta de gastos que deberá rendir al demandante el pago que haya efectuado, si dicho demandante sale airoso de la demanda en peticion de herencia.

394. En cuanto á los legatarios, si la demanda en peticion de herencia tuviera lugar entre dos partes, de las cuales la una se considera heredera testamentaria, y que, en consecuencia, la cuestion sobre la validad del testamento fué el objeto del proceso, los legatarios, cuyo derecho depende tambien de la misma cuestion, deberían aguardar la decision de la causa para el pago de sus legados, podrían intervenir en la misma, y sostener la validad del testamento con el heredero testamentario.

Si el proceso sobre la demanda en peticion de

herencia tuviera lugar entre partes que se disputan la una y la otra la sucesion *ab intestat*, y que en consecuencia no fué cuestion de testamento, los legatarios podrían presentar su demanda en pago y entrega de sus legados, contra aquella de las partes que se ha puesto en posesion de los bienes de la sucesion, sin que pueda pedir que sea diferida hasta recaer sentencia sobre la peticion de herencia.

SECCION III.

De la restitucion que debe hacerse al demandante cuya sentencia sobre la peticion de herencia le ha sido favorable.

Como hay que hacer muchas diferencias entre los posesores de buena fe y los posesores de mala fe, sobre la restitucion que debe hacerse al demandante que ha sido atendido en su demanda de peticion de herencia, y sobre las prestaciones personales de que trataremos en la siguiente seccion, veremos en su primer párrafo cuáles son los posesores de buena fe y cuáles los posesores de mala fe. En el segundo veremos las cosas que el posesor debe restituir al demandante ; en el tercero, cuáles son las diferencias entre el posesor de buena fe y el de mala fe, con respecto á las cosas que ha cesado de poseer. En el cuarto y último veremos por qué parte la restitucion debe hacerse al demandante que sólo es heredero singular.

§ I. *Cuáles son los posesores de buena fe y cuáles los posesores de mala fe.*

395. En esta materia de peticion de herencia, se llaman posesores de buena fe los que se han colocado en posesion de los bienes de una sucesion que creen de buena fe pertenecerles. Esta es la nocion que dan las siguientes palabras de la constitucion de Adriano: *Qui se hæredes existimant; l.* 20, § 6, ff. *de petit. hæred.* (1)

Por ejemplo, una persona instituida heredera por el testamento de un difunto, en las provincias donde la institucion de heredero está admitida, se ha puesto en posesion, en virtud de dicho testamento, de los bienes de ese difunto, ignorando que el testador hubiese revocado el testamento por otro posterior: esta persona es un posesor de buena fe.

Un pariente se ha puesto en posesion de los bienes de la sucesion de su pariente, creyendo estar en grado de sucederle, aunque existiese otra persona en grado más aproximado que él, la cual no conoce: es tambien un posesor de buena fe.

Al contrario, se llama posesor de mala fe ó *prædo*, aquel que se ha puesto en posesion de los bienes de una sucesion que sabe no le pertenecen. Esta es la idea que da la constitucion de Adriano con estas palabras: *qui bona invasissent quum scirent ad se non pertinere; d. l.* 20, § 6.

Quid, si verdaderamente creía, pero por error de derecho, que la sucesion le pertenecía, no deja de ser posesor de buena fe: *scire ad se non pertinere*,

(1) Ll. 9, tit. 14 y 18, Part. 3; Ll. 20 § 6, y 25 § 5, tit. 5, Part. 3, lib. 5, Dig. Aubry y Rau § 616, Letra F. Cod. de la Rep. Argentina, art. 19, tit. 4, lib. 4.

dice Ulpiano explicando la resolucion de Adriano, *utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an is qui in jure erravit? Putavit enim recte factum testamentum quod inutile erat... non puto unc esse prædonem qui dolo caret, quamvis in jure erret; l.* 25, § 6, ff. *d. tit.*

396. ¿Qué se debe resolver respecto á aquel que creía de buena fe que la sucesion le pertenecía cuando se puso en posesion de los bienes, pero que luégo vino en conocimiento que no le pertenecían? Ulpiano decide que siguiendo el espíritu de la constitucion de Adriano primero que la letra, por este conocimiento que le ha sobrevenido viene á ser posesor de mala fe: *De eo loquitur senatus qui ab initio mente prædamis res hæreditarias apprehendit, quod si ab initio quidem justam causam habuit adipiscendæ possessionis, postea vero conscius ad se nihil hæreditatem pertinere, prædonis more versari cœpit nihil senatus loquividetur: puto tamen et ad eum mentem senatus consulti pertinere; parvi enim refert ab initio quis dolose in hæreditate sit versatus, anpostea hoc facere cœpit; d. l.* 25, § 5.

397. Hemos ya observado en el capítulo precedente, *supra*, número 317, que en una materia de peticion de herencia, al igual que en materia de reivindicacion, las diferencias entre el posesor de buena fe y el de mala fe sólo tienen lugar con anterioridad á la demanda; desde la presentacion de la demanda cesa el posesor de buena fe de serlo, en virtud del conocimiento que el demandante le da de sus títulos de propiedad.

Resta con todo una, de la que nos ocuparemos *infra*.

§ II. *De las cosas que el posesor debe restituir al demandante en virtud del fallo recaido sobre la accion de peticion de herencia.*

398. Cuando el demandante en peticion de herencia ha justificado que la sucesion que reivindica le pertenece y que en consecuencia ha obtenido sentencia condenatoria contra el posesor que se ha apoderado de los bienes de la sucesion, ese posesor debe restituir todas las cosas que tenga dependientes de la sucesion, los derechos de la misma como igualmente las cosas corporales: *Placuit universas res hæreditarias in hoc judicium venire, sive jura, sive corpura sint; l.* 18, § 2, ff. *de petit. hæred.*

¿En qué sentido el demandado á la peticion de herencia se le considera poseer un derecho de la sucesion, y tener que restituirlo? Hay que suponer que la demanda en peticion de herencia ha sido entablada contra un deudor del difunto, quien, como ya lo hemos observado *supra,* número 374, al disputar la sucesion del difunto, se ha puesto de cierto modo en posesion de este crédito que el difunto tenía contra él, y que ha dejado en la sucesion, al pretender que como heredero del difunto este crédito fué traspasado á su persona. La sentencia recaida sobre la demanda en peticion de herencia, al juzgar contra el que no es heredero juzga á su vez que el crédito que la sucesion tiene contra él no le pertenece: luego debe restituirlo al demandante á quien corresponde la sucesion; y la restitucion se efectúa pagando la suma ó cosa debida, que forma el objeto de este crédito (1).

(1) Zachariae § 383, Ll. 19 y 20. Dig. De haeredit. petitione, art. 16, tit. 4, lib. 4.

399. El posesor debe restituir al demandante, no solamente las cosas que pertenecen á la sucesion, sí que tambien aquellas de las que el difunto tenía la nuda detencion, tales son las que han sido confiadas, ó dadas en garantía al difunto. Cuando el posesor las tiene en su poder, el demandante, viniendo, en su calidad de heredero, obligado á restituirlas á aquellos de quienes las ha recibido el difunto, le interesa, para librarse de su obligacion, que el posesor que las tenga se las restituya: *non tantum hæreditaria corpora, sed et quæ non sunt hæreditaria, quorum periculum ad hæredem pertinet, ut res pignari date defuncto, vel commodatæ, depositæve; l.* 19.

400. Deben comprenderse entre las cosas pertenecientes á una sucesion, no solamente aquellas que existen al tiempo de la muerte del difunto, y que él ha dejado en su sucesion, sí que tambien todo lo que ha nacido y provenido de dichas cosas, tales son los frutos que éstas han producido; porque todas las cosas provenidas de otras pertenecientes á una sucesion pertenecen á dicha sucesion, y forman parte de lo que la compone. Esto nos demuestra Ulpiano: *Non solum ea quæ mortis tempore fuerunt, sed etsi quæ postea augmenta hæreditati accesserunt, venire in hæreditatis petitionem; nam hæreditas et augmentum recipit et diminutionem;* l. 20, § 3, ff. *de petit hæred.* (1)

(1) L. 37, D. de adq. vel omit. haered. lit. 2, lib. 29, L. 50, § 1. D. de rei vindic. tit 1, lib. 6.—Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 21 Abril de 1873.—Viene comprendido en la peticion de la herencia, ademas de las cosas que por cualquier título ó causa se hallaban entre los bienes que dejó el difunto:

1.º Los aumentos y ascensiones que haya tenido la herencia desde el día de la apertura de la misma.

2.º Las cosas compradas con caudales de la misma. No obstante, si la compra no es útil á la herencia ó si fué verificada con mala fe, pue-

Seguidamente cita estos ejemplos: *Fructus omnes augent hæreditatem sive ante aditam, sive post aditam hæreditatem accesserint; de* § 3, *augent hæreditaten gregum et pecudum partus;* *l.* 25, § *fin.* ff. *de tit. Quod si oves natæ sint deinde ex his aliæ hæ quoque quasi augmentum restitui debeant;* *l.* 26, ff. *de tit.*

Esos frutos, debiendo ser restituidos al demandante, en atencion á que debiendo su orígen á las cosas de la sucesion componen la sucesion de la que forman parte, de ahí resulta que poco importa que el demandante á quien pertenecen los bienes de la sucesion hubiese debido ó no percibirlos: *Quum hæreditas petita sit, eos fructus quos possessor percepit omnimodo restituendos etsi petitor eos percepturus non fuerat;* *l.* 56, ff. *d. tit.*

401. El posesor debe tambien restituir como cosas dependientes de la sucesion las acciones que ha adquirido referentes á alguna de las cosas de la sucesion; por ejemplo, si por un tercero ha sido despojado con violencia de una finca de la sucesion de la que estaba en posesion, ó si ha concedido á alguno la posesion precaria, debe comprender en la restitucion que debe hacer al demandante las acciones de reintegracion y de precario que tiene para hacerse restituir dicha finca, y colocar al demandante en su lugar: *actione, si quas possessor nactus est, evicta hæreditate, restituere debet, veluti interdictum unde vi, aut si quid precario concessit;* *l.* 40, § 2, ff. *de pet. hæred.*

de el heredero reclamar el dinero. L. 4, tit. 14, Part. 6; L. 22, p. 4, § 1, D. lit. 3, lib. 5; L. 25, § 4 y 22; L. 42, § 1, D. tit. 3, lib. 5.

3.° El precio de las cosas hereditarias que hubiese vendido el posesor, caso que el heredero no quiera reclamarlos por la accion vindicativa del comprador.

4.° Los frutos y demas utilidades percibidas y podidas percibir por el posesor. L. 25, § 22; L. 42, § 1. D. tit. 3, lib. 5.

402. El posesor debe igualmente restituir al heredero en virtud del fallo favorable á su demanda en peticion de herencia, no sólo las fincas de la sucesion, sí que tambien todas las cosas que sirven para su explotacion, tales como los animales, los instrumentos aratorios, las cubas, los utensilios de prensa, sobre todo cuando esas cosas han sido adquiridas con dinero de la sucesion; y áun en el caso que el posesor los hubiese comprado con dinero propio, reservándole, en este caso, el derecho de hacerse indemnizar de su importe por el heredero á quien restituye los bienes de la sucesion: *Item veniunt in hæreditatem etiam ea quæ hæreditatis causa comparata sunt, ut puta, mancipia pecoraque, et si qua alia quæ necessario hæreditati sunt comparata; et si quidem pecunia hæreditaria sunt comparata, sine dubio venient; si vero non pecunia parata, videndum erit. Et puto etiam hæc venire, si magna utilitas hæreditatis versetur, pretium scilicet restituro hæredere;* *l.* 20. ff. *d. tit.*

403. Aunque algunas cosas hayan sido adquiridas con dinero de la sucesion, cuando el sucesor no las ha adquirido para ésta, sinó para él, por sólo el mero hecho de que estas cosas han sido adquiridas con dinero de la sucesion, no debe restituirlas al heredero á quien en virtud de sentencia tiene que restituir los bienes de la sucesion; en la inteligencia de que á ese posesor puede hacérsele dar cuenta, del modo que veremos más abajo, del dinero que ha recibido de la sucesion. Ulpiano nos dice sobre el particular lo siguiente: *Non omnia quæ ex hæreditaria pecunia comparata sunt, in hæreditatis petitionem veniunt. Denique scribit Julianus, si possessor ex pecunia hæreditaria hominem emerit; et ab eo petatur hæreditas, ita venire in hæreditatis peti-*

tionem, hæreditatis interfuit eum emi, at si sui causa emit, prætium venire; d. l. 20, § 1.

Se opondrá tal vez que hemos dicho arriba que todas las cosas procedentes de otras que pertenecen á la sucesion, corresponden á la sucesion. A esto contesto que no miramos como cosas provenidas de otras pertenecientes á la sucesion, sinó aquellas que nacen de producciones naturales, tales son los frutos; pero otra cosa es de aquellas que sólo provienen *extrinsecus*, tales son aquellas que han sido adquiridas con dinero de la sucesion. Ulpiano mismo es quien nos expone esta distincion: *Ea quæ post aditam hæreditatem accedunt, si quidem ex ipsa hæreditate; puto hæreditati accedere; si extrinsecus, non: quia personæ possessoris accedunt; d. l.* 20, § 3.

404. Sólo nos falta observar que, en la restitucion que debe hacerse al demandante en cumplimiento de la sentencia recaida á su favor sobre la demanda en peticion de herencia, el posesor contra quien ha sido dictada debe comprender en la misma todos los efectos de la sucesion, no solamente los que poseía ya al tiempo de la demanda entablada contra él, sí que igualmente los que ha empezado á poseer luégo de principiado el proceso. *Si quo tempore conveniebatur possessor hæreditatis, pauciores res possidebat, deinde aliarum quoque rerum possessionem adsumpsit, eas quoque victus restituere debeat, sive ante receptum judicium, sive postea acquisierit possessionem; l.* 51, ff. *de tit.*

405. Hay más: áun cuando el demandado, al tiempo de la demanda presentada contra él, nada hubiese poseido dependiente de la sucesion, si despues de la demanda ha empezado á poseer alguna cosa dependiente de la sucesion, debe estar condenado á restituirla: *Si quis, quum peteretur ab eo*

hæreditas, neque rei neque juris velut possessor erat, verum postea aliquid adeptus est, an petitione hæreditatis videatur teneri? Celsus, lib. 4, ff. *recte scribit, hunc condeinandum, licet ab initio nihil possedit; l.* 18, § 1, ff. *d. tit.*

§ III. *De la diferencia entre el posesor de buena fe y el de mala fe, con respecto á las cosas que han cesado ó dejado de poseer.*

406. Ninguna diferencia hay que notar entre el posesor de buena fe y el de mala fe, por lo que respecta á las cosas dependientes de la sucesion, en cuya posesion se encuentran al tiempo de la restitucion que hay que hacer al demandante en peticion de herencia: uno y otro están obligados á restituirlas.

Pero la diferencia entre ellos existe muy marcada tocante á aquellas cosas que han cesado ó áun dejado de poseer. El posesor de mala fe debe restituir aquellas que, por un hecho suyo ó por su falta, ha cesado ó áun dejado de poseer, como si todavía las poseyera: al contrario, el posesor de buena fe ninguna restitucion debe hacer de las cosas que ha cesado de poseer, miéntras creía de buena fe pertenecerle la sucesion de la que dependían, y todavía ménos de aquellas que ha dejado de poseer; tan sólo cuando ha sacado algun beneficio de las que ha cesado de poseer, ya sea vendiéndolas, ya de otro modo, está sujeto á una prestacion de la cantidad que lucra, como tendremos ocasion de ver en la seccion siguiente (1).

(1) El posesor de buena fe no es responsable de los deterioros causados por su negligencia, ni tampoco de las desmembraciones que hubiese verificado creyendo disponer de lo propio. L. 4, tít. 14, Part. 6. El posesor de mala fe por el contrario debe indemnizar todas las dis-

Esta diferencia entre el posesor de mala fe y el de buena fe, la cita el Senado-Consulto al tratar sobre la constitucion de Adriano (1), en la que se lee: *Eos qui bona invasissent, quum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent: eos autem qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat quo locupletiores ex ea re facti essent; l.* 20, § 6, *d. tit.*

El por qué de esta diferencia nace de que el conocimiento que tiene un posesor de que no le pertenece la sucesion de los bienes, de la cual se ha puesto en posesion, le hace contraer para con el verdadero heredero la obligacion de restituírselos. Luego, si en perjuicio de esta obligacion dispone de alguno de dichos bienes, ó cesa por un hecho, de cualquiera manera que sea, de poseerlos, comete un dolo para con este heredero á quien debe restituírselos; y ese dolo debe hacerle considerar como si todavía los poseyese y condenarle á su restitucion: *qui dolo desiit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est; l.* 131, ff. *de reg. juris.* Al contrario, el posesor que de buena fe cree que le pertenece la sucesion de los bienes de que se ha puesto en posesion puede muy lícitamente disponer de las cosas que forman parte de

minucioness y deterioros aunque provengan de casos fortuitos. L. 25, § 2; L. 42, D. de haered. pet. tit. 3, lib. 5. Desde el día de la reclamacion del heredero, el posesor de buena fe dejó de serlo, y excepto en los casos fortuitos queda responsable del mismo modo que el de mala fe.

(1) Los emperadores romanos no se atrevían todavía á atribuirse el poder real y legislativo. Cuando querían promulgar una constitucion sobre alguna materia, la hacían proponer al Senado *per suos quæstores candidatos*, y el Senado, avasallado como les era, no faltaba en constituir un Senado-Consulto que daba la conformidad.

ella, y cesar, del modo que mejor le parezca, de poseer esas cosas que cree de buena fe le pertenecen. Ningun dolo comete para con nadie. No ha contraido, respecto á dichas cosas, ninguna obligacion hácia el verdadero heredero, á quien ignoraba que le pertenecía; sólo ha empezado á obligarse hácia este heredero desde el día que se presentó y le justificó su derecho; y no puede parecer haberse obligado hácia él sinó á restituirle las cosas dependientes de la sucesion que en aquel entónces tuviera en su poder y el beneficio habido de las que se ha desprendido, no consintiendo la equidad que uno beneficie á expensas de otro.

407. Ulpiano, interpretando el *senatus-consulto* arriba mencionado, sobre estas palabras: *fecerint quominus possiderent,* dice: *accipiens sive dolo desierit possedisse, sive dolo noluerit possessionem admittere; d. l.* 25, § 8.

Finge. Por ejemplo, una persona á quien el difunto había prestado una cosa la ha devuelto al posesor de mala fe, que se ha puesto en posesion de los bienes de la sucesion de dicho difunto; este posesor se ha denegado á recibirla y le ha dicho que le hacía de ella un regalo. Aunque no posee ni ha poseido jamas esta cosa, debe restituirla como si la poseyese. La disposicion que ha hecho de la misma, que sabía muy bien no le pertenecía, constituye un dolo que produce el mismo efecto como si la estuviera poseyendo: *pro possidente damnatur, quia pro possesione dolus est; d. l.* 131, ff. *d. reg. jur.*

408. El principio de que el posesor de mala fe que ha cesado, por dolo ó por un hecho, de poseer debe restituir la cosa que ha cesado de poseer, como si todavía la poseyese, tiene lugar, ya sea que la misma haya dejado de existir, ya sea que no exista

todavía en manos de otra persona á cuyo favor ese posesor la ha dispuesto; y el heredero tiene la facultad de pedir la restitucion, ó á aquel que ha cesado de poseerla, ó á la tercera persona que la posea. En esta atencion Ulpiano, interpretando las palabras de la constitucion de Adriano, *perinde condemnandos quasi possiderent*, dice: *Si ab alio res possideatur sive in totum extat, locum habebit hæc clausula: unde si sit alius possessor, ab utroque hæredibus peti posset; et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur; d. l.* 25, § 8.

409. El principio, á saber, que el posesor de mala fe debe restituir las cosas dependientes de la sucesion que ha vendido, al igual que si no las hubiese vendido, y que todavía las poseyera, sufre excepcion en dos casos.

El primer caso es cuando la venta se ha realizado en beneficio de la sucesion, en cuyo caso el posesor no está obligado á dar cuenta del precio de la venta. Es lo que nos enseña Ulpiano: *Si fundum hæreditarium distraxit (possessor malæ fidei scilicet), si quidem sine causa, et ipsum fundum et fructus in hæreditatis petitionem venire; quod si æris exsolvendi gratia hæreditarii id fecit, non amplius venire quam pretium; d. l.* 20, § 2, ff. *d. tit.*

410. El segundo caso es cuando al heredero le tiene más cuenta hacerse dar razon por el posesor de mala fe del precio de la venta que ha realizado, de una cosa de la sucesion, que considerarle como si no la hubiese vendido. *Si prædo dolo desiisset* (1) *possidere, res autem eo modo interierit* (2) *quo esset interitura; etsi eadem causa possessionis mansisset;*

(1) Al vender una cosa de una sucesion que sabía no le pertenecía, y por consiguiente, bienes de que no podía disponer.
(2) Despues de la venta que ha realizado.

quantum ad (1) *verba senatus-consulti, melior est causa prædonis quam bona fidei possessoris; quia prædo* (2) *si dolo desierit, ita condemnetur atque si possideret, nec adjectum esset, si res interierit: sed non est dubium quin non debeat melioris esse conditionis prædo quam bonæ fidei possessor; itaque* (3) *etsi pluris venierit res, electio debebit esse actoris ut pretium consequatur, elioquin lucretur aliquid prædo; l.* 36, § 3, ff. *de petit hær.*

411. El posesor de mala fe, habiendo sido condenado, segun las palabras del Senado-Consulto, á

(1) Que se han citado *supra*, n. 406.
(2) El sentido es, ateniéndose puramente á las palabras del Senado-Consulto, que ordena que el posesor de mala fe *qui dolo desiit possidere*, al vender una cosa de la sucesion, sea considerado como si no la hubiera vendido, como si hubiese continuado poseyéndola, y que queda, en consecuencia, deudor de la cosa *in specie;* cuyo *senatus consulto* desde entónces no ha resuelto el caso en que la cosa haya perecido por caso fortuito, despues de la venta realizada por el posesor de mala fe; resultaría de esto que, en este caso, la condicion del posesor de mala fe llevaría ventaja á la del posesor de buena fe, porque el posesor de mala fe, quedando deudor *in specie* de la cosa vendida, estaría completamente libre de su obligacion por la extincion de esta cosa sobrevenida luégo por un caso fortuito, como lo son todos los deudores de una cosa *in specie*, en virtud de la extincion de la cosa debida, acaecida por caso fortuito. Al contrario, el posesor de buena fe, siendo sólo deudor de la suma ó importe de la cosa vendida, no quedaría libre de su obligacion por la extincion que sobrevendría de la cosa vendida, la cual no formaría más el objeto de su obligacion. La condicion del posesor de mala fe se encontraría, pues, en este caso, en mejor estado que la del posesor de buena fe, lo cual sería absurdo. La disposicion del Senado-Consulto que ordena que el posesor de mala fe *qui dolo desiit possidere res hæreditis*, sea considerado como si todavía las poseyera, y como haber quedado deudor de esas cosas *in specie;* esta disposicion, digo, está establecida únicamente en favor del heredero: es necesario, pues, decir que el heredero no puede utilizarla, segun el principio *licet juri in suum favorem introducto renunciare*, y que puede, en su lugar, exigir de ese posesor le dé razon de las sumas recibidas ó que debió recibir en concepto del precio de las cosas de la sucesion que vendió.
(3) Es otro caso en que es más ventajoso al heredero hacerse rendir cuentas del precio de la cosa vendida, que exigir su devolucion: en este caso, como en todos los demas, el heredero debe tener la eleccion de pedir lo que le tenga más cuenta.

restituir al heredero las cosas de la sucesion de las que dispuso con mala fe, como si las poseyese todavía, y no pudiendo cumplimentar esta condena, no estando ya en posesion de estas cosas, ni estar en su poder el recobrarlas, la condena se convirtió en la de daños y perjuicios que sufre el heredero con la privacion de estas cosas.

Segun el derecho, en este caso, respecto á la suma á que deben ascender dichos daños y perjuicios, hay que atenerse al juramento *in litem* del heredero: *tam adversus eum qui dolo fecit quominus possideat; quam adversus possidentem, in* (1) *litem juratur; l.* 25, § 10, ff. *de hæred. petit.*

En nuestro derecho frances no se presta el juramento *in litem;* pero los daños y perjuicios deben ser regulados por peritos nombrados por las partes, que estén al corriente de los efectos que el posesor ha dejado de presentar.

Alguna vez el juez los determina él mismo.

412. Finalmente, el posesor de mala fe debe restituir al heredero el precio de las cosas de la sucesion que han perecido, aunque sea por caso fortuito, suponiendo que es verosímil que si las hubiese restituido al heredero éste las hubiera vendido, y que de este modo hubiera evitado la pérdida. El posesor debe igualmente restituir el precio de las cosas de la sucesion que un tercero ha adquirido por derecho de usucapion, que el heredero hubiera podido interrumpir, si ese posesor de mala fe le hubiese devuelto los títulos y demas documentos de la sucesion: *restituere pretia debebit possessor, etsi deperditæ sint res vel diminutæ... quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset, et verum rei pretium non perderet; d. l.* 20, § *fin.* ff. *d. petit. hæred. Deperditum intelligitur, quod in rerum natura esse desiit, diminutum vero quod usucaptum est, et sic de hæreditate exiit; l.* 21, ff. *d. tit.*

(1) Qui quanvis res possideat, per contumaciam non vult eam restituere, et eam abscondit.

413. Cuando un tutor, con mala fe, se ha puesto en posesion, en su nombre de tutor, por su menor, de bienes de una sucesion que sabía no pertenecían á dicho su menor, el *jurisconsulto Ariston* opinaba que sobre la demanda en peticion de herencia entablada por el verdadero heredero contra el menor, libre ya de la tutela, el menor debía estar condenado á la restitucion de las cosas de esta sucesion que su tutor había dejado perder, ó que de cualquiera manera que fuese, había cesado por dolo ó culpa suya de poseer, siempre que su tutor fuese solvente, y que el menor pudiese por las condenas intervenidas contra él, á las cuales hubiese dado lugar el dolo ó falta del tutor, tener un recurso eficaz contra dicho tutor. Pomponio, que cita esta opinion, declara con más fuerza de razon que debe bastar que el menor ceda al heredero demandante en peticion de herencia la accion que tiene contra su tutor para hacerse dar cuenta de dichas cosas; no consintiendo la equidad que sufra condenas por dolo y falta de su tutor, cuando es inocente: *Elegantius dici potest actiones duntaxat quas haberet cum tutore pupillus, petitori hæreditatis præstandas esse; l. fin.*, ff. *de adm. et per. tut.*

§ IV. *Por qué parte debe hacerse la restitucion cuando el demandante en peticion de herencia es sólo heredero singular.*

414. Cuando el demandante en peticion de herencia es sólo heredero en parte, *ejem.* por un cuar-

to, y que en consecuencia, no ha reivindicado por esta accion sinó la parte de la sucesion que le pertenece, el posesor contra quien ha sido entablada la demanda no debe, en cumplimiento de la sentencia, restituir al demandante sinó la porcion indivisa en los efectos que dicho posesor posee, por insignificantes que sean, los cuales pertenecen al demandante, *ejem.* el cuarto por indiviso, si es heredero por el cuarto; porque el demandante en peticion de herencia, en tanto no haya tenido lugar todavía la particion de la sucesion, no tiene sinó la parte indivisa por la cual es heredero en cada una de todas las cosas de que se compone la sucesion; sólo por la accion *familiæ erciscundæ*, que debe seguir á la de en peticion de herencia, puede este heredero singular obtener una cierta y determinada parte en los bienes de la sucesion: *Non possumus consequi*, dice Julian, *per hæreditatis petitionem ut quod judicio familiæ erciscundæ consequimur, ut a communione discedamus; quum ad officium judicis nihil amplius pertineat, quam ut partem hæreditatis pro indiviso restitui mihi jubeat; l.* 7, ff. *si pars hæred. pet.*

415. Esto tiene lugar cuando el posesor, contra quien el heredero singular ha reivindicado la posesion que le pertenece en la sucesion, es heredero al propio tiempo de las demas partes, ó cuando ménos de alguna de ellas. Pero cuando el posesor, contra quien se ha entablado demanda, es un usurpador que se ha puesto sin derecho en posesion de los bienes de la sucesion que en mala ocasion ha pretendido pertenecerle, aunque, segun el rigor y sutilidad del derecho, el demandante no pueda exigir sinó la porcion indivisa por la cual es heredero de los efectos de la sucesion que están en poder de dicho po-

sesor, la equidad exige que, en el interin comparezcan los que son herederos de las demas partes, todas las cosas de la sucesion que están entre manos sean entregadas íntegramente á este heredero, aunque lo sea sólo en parte, ántes que dejarlas á este usurpador á quien no asiste ningun derecho en los bienes de la sucesion: el heredero singular á quien los haya entregado debe tan sólo, en este caso, encargarse de defenderle, por razon de la entrega de dichas cosas, contra las demandas en peticion de herencia que pueden presentar contra él los herederos de las demas partes.

SECCION IV.

De las prestaciones personales que debe verificar el posesor sobre la demanda en peticion de herencia.

416. Aunque la peticion de herencia sea principalmente una accion real que nace del dominio que el demandante tiene de la heredad que reivindica por esta accion, ya sea totalmente cuando es heredero único ó universal, ya en parte cuando es sólo singular, encierra, sin embargo, ciertas prestaciones personales que debe dar el posesor contra quien se ha entablado esta accion, las cuales nacen de las obligaciones que dicho posesor se considera haber contraido para con el heredero demandante en peticion de herencia. Ulpiano nos dice sobre el particular: *Petitio hæreditatis etsi in rem actio sit, habet tamen præstaciones quasdam personales; l.* 25, § 18, ff. *de petit. hæred.*

Estas prestaciones personales consisten en la cuenta que el posesor debe rendir de lo que ha recibido de los deudores de la sucesion, del precio de

la venta de los efectos de ésta, de los frutos que ha percibido, y cuando el posesor es de mala fe, áun de aquellos que pudo percibir, y generalmente de todos los beneficios que ha sacado de los bienes de la sucesion; como tambien, cuando el posesor es un posesor de mala fe, debe rendir cuenta de los menoscabos y deterioraciones habidas, por un hecho ó falta suya, en los bienes de la sucesion: *Petitio hæreditatis habet præstaciones personales, ut puta eorum quæ a debitoribus sunt exacta, item pretiorum; d. l.* 25, § 18.

417. Basta que el posesor, tanto si es de buena fe como de mala fe, haya sacado alguna utilidad de los bienes de la sucesion, para que deba rendir cuenta al heredero, cuya demanda de peticion de herencia ha sido reconocida en juicio, áun cuando esa utilidad proviniese del cuidado é industria del posesor, y que el heredero no la hubiese percibido en el caso de haber estado en posesion de los bienes de la sucesion.

Por ejemplo, cuando el posesor ha vendido bienes de la sucesion, el precio percibido de esta venta es un beneficio que ha tenido de los bienes de la misma, que debe restituir al heredero, aunque éste no haya sido causa de dicho beneficio, *puta*, porque las cosas han perecido por caso fortuito poco despues de la venta efectuada, las cuales el heredero á buen seguro no se hubiese igualmente apresurado á vender. Esto mismo es lo que expresa el Senado-Consulto arriba citado: *Ait senatus, placere a quibus petita hæreditas fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia quæ ad eos rerum ex hæreditate venditarum pervenissent, etsi ante aditam hæreditatem deperissent, diminutæve essent, restituere debere; l.* 20, § 17, ff. *d. tit.*

418. De ese principio nace la decision de la siguiente cuestion: el posesor contra quien fué entablada la demanda en peticion de herencia, mucho tiempo ántes de entablarse, había vendido un efecto de la sucesion por un precio muy ventajoso; posteriormente se le presentó la ocasion de volver á comprar el mismo efecto con buenas condiciones de precio. Se pide si, sobre la demanda en peticion de herencia, ese posesor, sobre todo si era posesor de buena fe, debe tener la eleccion de devolver el efecto de la sucesion que readquirió, ó el precio recibido por la venta que del mismo hizo.

Paul opina que no basta al posesor devolver la cosa, sinó que debe acompañar á la cosa la utilidad que ha sacado de la venta efectuada; por ejemplo: si la vendió en cien libras y la ha readquirido por ochenta, debe devolver con la cosa la suma de veinte libras; se funda en que esta venta viene á constituir un beneficio que ha reportado de los bienes de la sucesion. Ademas, segun la constitucion de Adriano, el posesor, aunque de buena fe, debe, sobre la demanda, restituir todo el beneficio que haya sacado de los bienes de la sucesion: *Si rem et pretium habeat, bonæ fidei possessor, puta, quod eamdem rem (hæreditariam quam vendidit) emerit, an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium?... In oratione D. Hadriani ita est: « Dispicite, Patres conscripti, numquid sit æquius possessorem non facere lucrum, et pretium quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari in locum hæreditariæ rei venditæ pretium ejus successisse, et quodammodo ipsum hæreditarium factum.» Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione ejus rei hæreditariæ lucratus est; l.* 22, ff. *d. tit.*

419. Lo mismo sucede con todas las demas especies de beneficios que el posesor ha sacado de la venta hecha de los efectos de la sucesion : el posesor, aunque posesor de buena fe, no puede retenerlos, sinó que los ha de restituir al heredero, tratándose de la demanda en peticion de herencia: *Proinde si non pretium, sed etiam pœna tardius pretio soluto pervenit, poterit dici, quia locupletior in totum* (1) *factus est, debere venire, licet de pretio solummodo senatus sit locutus; l.* 23, § I, ff. *d. tit. Sed etsi lege commissoria vendidit, idem dicendum lucrum quod sensit lege* (2) *commissoria, prestaturum; l.* 25.

420. Aun cuando la ganancia que el posesor ha reportado de los bienes de la sucesion fuese una ganancia injusta, y por consiguiente, tal que el heredero sea ajeno á ella, dicho posesor debe restituirla á éste, tratándose de la demanda en peticion de herencia: *Si possessor ex hæreditate inhonestos habuerit quæstus, hos etiam restituere cogetur, nec honesta interpretatio non honesto quæstu lucrum possessori faciet; l.* 52, ff. *d. tit.*

421. En una palabra, es una regla general sin ninguna excepcion que el posesor no puede retener ninguna ganancia sacada de los bienes de la sucesion, cualquiera que sea ésta: *Omne lucrum auferendum esse tam bonæ fidei possessori quam prædoni dicendum est; l.* 28, ff. *d. tit.*

422. Convienen en esto el posesor de buena fe

(1) Es decir, porque ha reportado utilidad de todo lo que ha recibido, *tam pœnæ nomine, quam pretii nomine.*

(2) *Finge.* El posesor había vendido una cosa de la sucesion, con la cláusula que, no habiendo pagado el comprador el precio en un tiempo determinado, la cosa le sería restituida, y que retendría la suma pagada por el comprador por vía de arras.

y el posesor de mala fe; pero difieren en muchos puntos sobre las prestaciones personales á las cuales están sujetos, respecto á la demanda en peticion de herencia.

Estas diferencias provienen de distintas causas, de donde nacen las obligaciones que el posesor de buena fe y el de mala fe contraen para con el heredero.

El conocimiento que tiene el posesor de mala fe, cuando se ha puesto en posesion de los bienes de una sucesion, de que no le pertenece, contrae desde entónces la obligacion de restituirlos; naciendo esta obligacion del precepto de la ley natural: *no tomarás bienes ajenos, ni los retendrás á sabiendas.* Al contrario, el posesor de buena fe, que de buena fe cree que la sucesion le pertenece, que usa y dispone de los bienes que de la misma dependen, como asimismo de las cosas que tambien cree de buena fe pertenecerle, no contrae de ningun modo esta obligacion; la única obligacion contraida es que la regla de equidad no permite que nos hagamos ricos á expensas de otro, ni, por consiguiente, que nos retengamos el beneficio sacado de las cosas ajenas, tan pronto sepamos pertenecen á otro.

De esto nacen las diferencias entre el posesor de buena fe y el posesor de mala fe, en cuanto á las prestaciones personales á que están sujetos sobre la demanda en peticion de herencia.

Primera diferencia.

423. El posesor de mala fe está obligado á rendir cuenta al heredero de todo lo que ha alcanzado de los bienes de la sucesion, áun cuando los hubiese luégo disipado, y que se hallase reducido á un

estado de pobreza: al contrario, el posesor de buena fe sólo debe dar razon de lo percibido de los bienes de la sucesion hasta el completo de lo que alcancen los beneficios sacados en el tiempo de la demanda en peticion de herencia.

El por qué de esta diferencia es evidente. El posesor de mala fe, sabiendo que todo lo que alcanza de los bienes de la sucesion nada le pertenece, no tiene derecho á disponer de ello y disiparlo, debiéndolo conservar al heredero á quien corresponden, como un *negociorum gestar;* debe conservar y devolver á aquel á quien pertenecen los bienes, en cuya gestion se ha inmiscuido, todo lo que haya alcanzado de los mismos.

Al contrario, el posesor de buena fe, en la persuasion que le pertenecía la sucesion, ha podido disponer muy lícitamente, como mejor le plugo, de todo lo que ha percibido de esta sucesion, y disiparlo como cosas de las que creía de buena fe ser dueño; por esta razon no debe restituir sinó lo que haya beneficiado con posterioridad á la demanda en peticion de herencia, por la cual ha venido en conocimiento que las utilidades sacadas de los bienes de la sucesion pertenecen al demandante.

El principio que acabamos de citar, esto es, que el posesor de buena fe, á diferencia del posesor de mala fe, no debe dar razon de los beneficios sacados de los bienes de la sucesion, sinó hasta el completo de lo beneficiado al tiempo de la peticion de herencia, se halla expresado en términos formales en el Senado-Consulto que hemos citado varias veces, en el cual se dice: *Qui justas causas habuissent quare bona ad se pertinere existimassent, usqui eo quo locupletiores ex ea re facti essent (condemnandos); l.* 20, § 6.

No basta, pues, que el posesor de buena fe haya sacado alguna utilidad de los bienes de la sucesion, si es que no la ha conservado; caso de haberla disipado con anterioridad á la demanda en peticion de herencia, si despues de la misma demanda se halla reducido á un estado de pobreza, nada tiene que devolver. Por esta razon Ulpiano, interpretando las palabras del Senado-Consulto, *placere a quibus hæreditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia quæ ad eos rerum ex hæreditate vencitarum pervenissent..... restituere debere,* dice respecto al posesor de buena fe: *finge precium acceptum, vel perdidissse, vel consumpsisse, vel donasse; et verbum quidem pervenesse ambiguum est, solum ne hoc contineret quod prima ratione fuerit, an vero et id quod purat? Et puto..... ut ita demum computet si factus sit locupletior; l.* 23. ff. *d. tit.*

En otra parte el mismo Ulpiano dice: *Consuluit senatus bonæ fidei possessoribus ne in totum damno afficiantur, sed in id duntaxat teneantur in quo locupletiores facti sunt; quemcumque igitur sumptum fecerunt ex hæreditate, si quid dilapidaverunt, perdiderum, dum re sua se abuti putant, non præstabunt; l.* 25, § 11. ff.

Parecerá á alguno que el posesor de buena fe, habiendo hecho donacion de los bienes de la sucesion, puede beneficiarlos, porque como consecuencia de esta donacion se ha conquistado amistades de las que tiene derecho á esperar una recompensa. Sin embargo, Ulpiano es de parecer que no se le considera haber lucrado sinó en tanto que dicho posesor haya recibido efectivamente algunas recompensas por estas donaciones, y solamente hasta el completo del valor de las recompensas indicadas:

Nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quanvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane SI AVTIT COPA, *id est, remunerationes acceperunt; dicendum est autem locupletiores factos, quatenus acceperunt; velut genus quoddam esset permutationis; d. l.* 25, § 11.

Aunque el posesor de buena fe haya consumido para las necesidades de la casa el dinero percibido de la sucesion, se le considera utilizarlo al tiempo de la peticion de herencia, hasta el completo de la suma que tenía por costumbre sacar de su patrimonio para invertirlo en dichas necesidades, la cual ha ahorrado con servirse para ello del dinero de la sucesion.

Pero si considerándose más rico por causa de la sucesion que creía pertenecerle, ha gastado en sus necesidades cantidades de esta sucesion, más de lo que acostumbraba á gastar, no se le considerará haber lucrado ni haberse enriquecido sinó hasta completar la suma que acostumbraba á gastar, la cual ha especulado. Esto es lo que nos dice Ulpiano á este respecto: *Quod quis ex hæreditate erogavit, utrum totum decidat* (1), *an vero pro rata patrimonii ejus? Ut puta penum hæreditariam ebibit; utrum totum hæreditati expensum feratur, an aliquit patrimonio ejus; ut in id factus locupletior* (2) *videatur quod solebat ipse erogare ante delatam hæreditatem; ut si quid lantius, contemplatione hæreditatis, in hoc non videatur factus locupletior, in statutis vero suis sumptibus videatur locupletior...*

(1) Suple, summæ ex hæreditate redactæ quam possessor petitori restituere debet.

(2) Possessor bonæ fidei eatenus videtur locupletior ex pecunia hæreditaria quam in proprios usus consumpsit, quatenus pepertit pecuniæ propriæ quam in eos impendisset, si pecuniam hæreditariam non impendisset.

verius est, ut ex suo patrimonio decidant ea quæ, etsi hæres non fuisset, erogasset; l. 25, § 16.

424. Del principio que el posesor de buena fe no debe restituir el dinero de la sucesion sinó hasta el completo de lo que haya lucrado se deduce que si lo ha colocado á interes, caso que haya sido pagado por aquellos á quienes lo ha dado á interes, debe dar razon de las cantidades que le hayan satisfecho tanto á cuenta del capital como de los intereses; pero si nada se le ha satisfecho, le basta ceder al heredero sus acciones contra los deudores, para que éste realize el pago del mejor modo que le sea posible. Paul nos demuestra esto en el caso que acabamos de citar: *Dicendum itaque est*, dice, *in bonæ fidei possessore hæc tantummodo eu prestare debere, id est vel sortem et usuras ejus, si et eas percepit, vel nomina cum eorum cessione in id facienda quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris; l.* 30, ff. *d. tit.*

425. Cuando el posesor de buena fe ha empleado el dinero de la sucesion para la compra de cierta cosa por su cuenta y para su uso, el heredero no debe pedir la restitucion de esta cosa, sinó de la suma del dinero que ha gastado para comprarla, por suponerse haber lucrado con él en virtud de dicha compra; advirtiendo que, si hubiese dado por ella más de su justo valor, se le consideraría haber hecho la ganancia sólo con la cantidad que realmente valiese: *Si rem distraxit, et ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hæreditatis, non res quam in patrimonium suum convertit: sed si res minoris valet quam comparata est, hactenus locupletior factus videtur, quatenus res valet; quemadmodum si consumpsisset in totum locupletior factus non videbitur; l.* 25, § 1.

426. Cuando el posesor de buena fe que ha sido condenado á restituir al demandante en peticion de herencia la mitad que pertenece á éste en la sucesion, viene á ser heredero de la otra mitad, si ha consumido en pura pérdida la mitad de esta sucesion nace de esto la cuestion, si sobre su porcion debe imputar por entero esta pérdida, de manera que deba entregar todo lo que le queda de los bienes de la sucesion, ó si al contrario debe deducirla por entero de la porcion que debe restituir al demandante, en términos que nada tenga que devolverle; ó bien si lo que ha consumido de los bienes de la sucesion debe imputarse en proporcion, tanto sobre la parte que debe restituir, como sobre la suya. Esta es la opinion de Ulpiano: *Si quis putans se ex asse hæredem (quim esset hæres ex dimidia duntaxat, et petitor ex altera dimidia), partem dimidiam hæreditatis sine dolo malo consumpserit... puto residuum integrum non esse restituendum, sed partem ejus dimidiam; d. l.* 25, § 15.

427. Nos resta á examinar en qué tiempo se debe juzgar si toda la ganancia que el posesor de buena fe ha sacado de la sucesion subsiste todavía en su poder, al efecto de que deba restituirla al heredero demandante, caso de ganar el pleito sobre la peticion de herencia. Para esto hay que atenerse á dos tiempos.

1.º Débese mirar al tiempo de la litiscontestacion (en nuestro derecho frances al tiempo de la demanda). Desde entónces es que el posesor de buena fe viene á ser deudor, para con el demandante en peticion de herencia, de toda la ganancia que en aquel instante resulta tener de la sucesion: á partir desde este tiempo está obligado á conservársela, sin que pueda en nada menoscabarla por algun hecho ó falta suya.

Se debe mirar igualmente al tiempo de la sentencia, en el sentido que, si despues de la litiscontestacion ha sobrevenido, sin culpa ni hecho ninguno del posesor, alguna pérdida en los bienes de la sucesion que poseía, no deba restituir sinó lo restante. En este sentido debe interpretarse lo que nos dice Ulpiano: *Quo tempore locupletior esse debeat bonæ fidei possessor dubitatur sed magis est rei judicatæ tempus spectandum esse; l.* 36, § 4, ff. *d. tit.*

428. Aunque el posesor de buena fe cesa de ser reputado tal posesor de buena fe, y venga á parecer posesor de mala fe, como lo hemos observado *supra*, sin embargo, difiere todavía en un punto del posesor de mala fe, áun despues de la litiscontestacion.

Paul nos hace notar esta diferencia: *Illut quoque quod in oratione D. Hadriani est, ut post acceptum judicium id actori præstetur quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hæreditas; interdum durum est; quid enim si post litem contestatam mancipia, aut jumenta, aut pecara deperierunt? Damnari debebit secundum verba constitutionis, quia potuit petitor distraxisse ea? Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet; Cassius contra sensit. In prædonis persona Proculus recte existimat; in bonæ fidei possessoribus Cassius: nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare, aut præter metum periculi hujus, temere indefensum jus suum relinquere; l.* 40, ff. *d. petit. hæred.*

429. Todas las decisiones de las leyes romanas que hemos citado, en cuanto á la teoría guardan mucha conformidad con los principios de equidad natural; pero difícilmente se las puede dar aplica-

cion en la práctica. En efecto, es imposible conocer si el posesor de buena fe, que ha recibido sumas de dinero de parte de deudores de la sucesion, y del precio de la venta de efectos de la misma, las cuales ha empleado, se encuentra ó no más rico al tiempo de la demanda en peticion de herencia; sería necesario para esto penetrar en el secreto de los negocios de los particulares, lo cual no puede consentirse. Fué necesario, en nuestra práctica francesa, sujetarse á otra regla sobre esta materia, que consiste en que no pudiendo nadie presumir que uno ha disipado lo que forma el fondo de un bien que cree le pertenece, al posesor de buena fe de bienes de una sucesion se le considera haber lucrado de todo lo que ha alcanzado de los bienes de esta sucesion, que viene á formar el fondo mobiliario, áun durante el tiempo de la peticion de herencia, á ménos que haga constar lo contrario.

En su virtud, cuando el posesor de buena fe ha sido condenado á restituir los bienes de la sucesion al demandante, le debe presentar una cuenta de todas las cantidades que ha recibido, ya sea de los deudores de la sucesion, ya en concepto del precio de la venta de los efectos de la misma sucesion, y generalmente de todo lo que ha percibido de lo que compone el fondo mobiliario de la sucesion. Del montante de todas estas cantidades se le deben deducir todos los gastos que justificara haber hecho por los bienes de la sucesion, sin que puedan ser impugnados cuando han sido efectuados ántes de la demanda y miéntras duraba la buena fe. Estos gastos, en atencion á su cualidad de posesor de buena fe, se le debían aprobar, áun cuando hubiesen sido hechos en mala oportunidad: porque no debiendo, en su calidad de posesor de buena fe, restituir los bienes de la sucesion sinó hasta el completo de lo que ha ganado, tanto si estos gastos han sido bien invertidos como no basta establezca que los ha hecho, para dejar sentado que han disminuido la ganancia sacada de la sucesion, y por consiguiente, que á su vez han disminuido lo que al heredero deba restituir.

Debe igualmente aprobarse á este posesor de buena fe la deduccion de todas las pérdidas que justifique haber experimentado sobre los bienes procedentes de la sucesion, sin que se deba examinar, cuando han acaecido ántes de la demanda, si es debido á un hecho ó falta suya el que éstas hayan sobrevenido; porque, de cualquier modo que hayan acontecido, basta que sean una realidad para que disminuyan la ganancia que el posesor ha reportado de los bienes de la sucesion, y para que, en su consecuencia, le sea aprobada su deduccion sobre lo que debe restituir al demandante, no debiendo, como ya se ha dicho repetidas veces, restituir más bienes de la sucesion que el completo de lo que ha beneficiado.

En cuanto á los gastos que ha hecho con posterioridad á la demanda en provecho de los bienes de la sucesion, como que despues de la demanda cesa de ser reputado posesor de buena fe, no se le han de dar por buenos á ménos que se hubiese hecho autorizar por el juez para invertirlos, ó cuando ménos que salte á la vista y que era indispensable el hacerlos.

Por la misma razon, las pérdidas sobrevenidas en los bienes de la sucesion, despues de la demanda, no se le deben deducir sinó en el caso que hayan acontecido sin falta suya.

Segunda diferencia.

430. La segunda diferencia entre el posesor de buena fe y el posesor de mala fe, con respecto á la restitucion de los bienes que debe hacer al heredero, concierne á los frutos de dichos bienes.

Los frutos que el posesor ha percibido de los bienes de la sucesion, siendo cosas que por sí mismas forman parte de dicha sucesion y que constituyen acrecentamientos, como lo hemos visto ya *supra*, núm. 400, el posesor, aunque posesor de buena fe, debe, segun los principios de derecho romano, dar cuenta al posesor á quien tiene que restituir los bienes de la sucesion, de todos los frutos que ha percibido desde que se ha puesto en posesion de dichos bienes; pero no de aquellos que ha percibido ántes de la litiscontestacion, sinó hasta el completo de la ganancia sacada, y en caso de disponer de más riqueza al tiempo de la litiscontestacion. Al contrario, el posesor de mala fe debe dar cuenta de todos los frutos percibidos, tanto si de ellos ha reportado alguna utilidad, como si de nada le han servido. Esto mismo es lo que nos dice Paul: *Prædo fructus suos non facit, sed augent hæreditatem, ideoque eorum quoque fructus præstabit: in bonæ fidei possessore, hi tantum veniunt in restitutionem quasi augmenta hæreditatis, per quos locupletior factus est; l.* 40, § 1, ff. *d. hær. pet.*

¿Al posesor de buena fe se le considera haber lucrado y haberse enriquecido con los frutos percibidos ántes de la demanda, si no prueba lo contrario, del mismo modo como se le juzga, segun nuestra práctica francesa, haber lucrado con lo que ha recibido de los deudores de la sucesion, ó con el pre-

cio de la venta de muebles de la misma, como lo hemos observado *supra*, núm. 429? Me parece que sería equitativo admitir una diferencia entre el artículo 429 y el caso presente. Segun el art. 429, el posesor de buena fe tenía derecho á lo recibido de los deudores ó al precio de la venta de los muebles de la sucesion, como un fondo mobiliario de una sucesion que creía haberle cabido. Así como á un padre de familia se le presume haber conservado ántes que disipado los fondos que cree le pertenecen, así tambien al posesor de buena fe se le presume que ha conservado ese fondo mobiliario de la sucesion, y haberse enriquecido, miéntras no haya motivo para creer lo contrario; pero si á un padre de familia se le juzga conservar sus fondos en contra, tambien se le considera gasta sus rentas. El posesor de buena fe, teniendo como rentas los frutos que ha percibido de los bienes de una sucesion que creía pertenecerle, parece natural presumir que los ha gastado, ya sea viviendo con desahogo, ya empleándolos en limosna, y que no se ha enriquecido, en tanto no se justifique lo contrario, y que, en consecuencia, debería quedar exonerado de dar cuenta de los frutos. Hay que convenir, sin embargo, que nuestra práctica francesa se muestra refractaria á este respecto, y que se exige de aquel que se ha puesto en posesion de una sucesion que dé cuenta de los frutos al heredero que le ha despojado.

431. El posesor de buena fe, no debiendo dar cuenta de los frutos percibidos sinó hasta el completo de lo que haya aumentado en riqueza, con menor motivo la debe dar de los que ha dejado de percibir. Al contrario, el posesor de mala fe debe dar razon, no solamente de los frutos percibidos, sí que tambien de los que ha dejado de percibir: *Et fruc-*

tus non (solum) quos perceperunt, sed percipere debuerunt præstaturos; d. l. 25, § 4.

432. Esta diferencia entre el posesor de buena fe y el posesor de mala fe no subsiste sinó en cuanto á los frutos que han sido percibidos, ó que han debido percibirse ántes de la litiscontestacion. El posesor de buena fe, cesando de ser tenido tal desde la litiscontestacion, debe, al igual que el posesor de mala fe, dar cuenta indistintamente de todos los frutos que ha percibido con posterioridad á la litiscontestacion, áun de aquellos que, por falta suya, ha dejado de percibir desde este tiempo.

Tercera diferencia.

433. La tercera diferencia entre el posesor de buena fe y el posesor de mala fe, con respecto á la restitucion que debe hacerse de los bienes de la sucesion al demandante en peticion de herencia, concierne á los intereses.

El posesor de mala fe no debe, en justicia, los intereses de las cantidades de dinero que ha percibido de la sucesion de que se ha apoderado, en tanto no negocía con ellos: *Papinianus, lib.* 3, *quæstionem: Si possessor hæreditatis, pecuniam inventam in hæreditate non attingat negat eum omnino in usuras conveniendum; l.* 20, § 15, *de petit. hæred.* Pero cuando emplea estas cantidades en negocios propios, es responsable de los intereses á la manera de un *negotiorum gestor* que se ha entretenido en la administracion de bienes que no le pertenecen. Véase *l.* 31, § 3, ff. *de neg. gest.; l.* 10, § 3, V.° *quod si non mand.*, ff. *mand.*

Al contrario, cuando el posesor de buena fe ha empleado en negocios propios las cantidades de dinero que ha adquirido de la sucesion debe forzosamente restituirlas, siempre que con ellas haya lucrado, y encontrarse más rico al tiempo de la peticion de herencia, con la inteligencia que el heredero no puede exigirle de las mismas ningun interes. Esto mismo nos refiere en términos formales el Senado-Consulto de conformidad con la constitucion de Adriano: *Quum hi qui se hæredes existimant, hæreditatem distraxerint, placere redactæ ex pretio rerum venditarum pecuniæ usuras non esse exigendas; l.* 20, § 6, ff. *d. petit. hæred.*

434. Esta diferencia entre el posesor de buena fe y el posesor de mala fe, respecto á los intereses, no parece haberse reconocido en nuestra práctica francesa. El posesor da cuenta de todas las cantidades recibidas de los bienes de la sucesion, y aunque sea posesor de mala fe, no debe los intereses de la suma de la que es deudor por su cuenta sinó desde el día en que debió verificar el pago.

Cuarta diferencia.

435. La cuarta diferencia entre el posesor de buena fe y el posesor de mala fe se refiere á los deterioros hechos en los bienes de la sucesion.

El posesor de mala fe, en virtud del conocimiento que tiene de que no le pertenecen los bienes de la sucesion, contrae para con el verdadero heredero, como lo hemos dicho ya, la obligacion de conservárselos en buen estado, hasta que tenga lugar la restitucion que de los mismos le debe hacer. Esta obligacion, siendo accesoria de la primera, en defecto de haber cumplido ésta, queda responsable de todos los daños y perjuicios resultantes de los menoscabos experimentados por su hecho. En con-

tra, el posesor de buena fe que tiene un justo motivo para creer que le pertenecen los bienes de la sucesion, de ningun modo contrae estas obligaciones para con el verdadero heredero; puede lícitamente descuidar y dejar deteriorar los bienes de los que se cree dueño. No debe, pues, salir responsable de los daños ocasionados en los bienes de la sucesion, en tanto haya subsistido su buena fe ántes de la litiscontestacion sobre la peticion de herencia (á ménos que hubiese sacado alguna ganancia de esos daños, como si, por ejemplo, hubiese llevado á cabo alguna corta de árboles, vendiéndolos luégo y percibiendo su precio).

Pero, despues de la litiscontestacion, el posesor de buena fe, como que cesa de ser reputado como tal, viene obligado desde dicho tiempo á conservar en buen estado los bienes de la sucesion y sale responsable, al igual que el posesor de mala fe, de los menoscabos que despues de dicho tiempo hayan sobrevenido por culpa suya. El posesor, dice Ulpiano, *sicut sumptum quem fecit, deducit, ita si facere debuit nec fecit, culpæ, hujus reddat rationem, nisi bonæ fidei possessor est; tunc enim quia quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subjectus est ante petitam hæreditatem; postea vero et ipse prædo est; l.* 31, § 3, ff. *d. tit.*

436. Todo lo que acabamos de decir relativamente á la diferencia entre el posesor de buena fe y el posesor de mala fe tiene igualmente lugar en nuestro derecho frances; con la salvedad que, en nuestro derecho, la simple ejecucion del emplazamiento, por el cual el heredero demandante en peticion de herencia expide copia de sus títulos, tiene el mismo efecto á este respecto que el que tenía, por el derecho romano, la litiscontestacion; siendo desde este día que el posesor de buena fe empieza á estar obligado á conservar los bienes de la sucesion, y á salir responsable de los daños ocasionados por un hecho suyo ó bien por su culpa.

437. Se ha suscitado la cuestion de saber si, del propio modo que el posesor de mala fe debe indemnizar los daños ocasionados por un hecho suyo, ó sea por su culpa en los bienes de la sucesion, sale garante de las prescripciones de los créditos de la sucesion, y de las insolvencias de los deudores, despues que se ha puesto en posesion de los bienes de esta sucesion, por no haber dicho posesor entablado ninguna demanda contra ellos. Ulpiano resuelve la cuestion negativamente, en atencion que no estaba en su poder perseguir á los deudores, los cuales á las demandas que hubiera hecho contra ellos podían en justicia oponerle que justificase primero su calidad de heredero, lo cual de ningun modo hubiera podido efectuar por la sencilla razon de no serlo todavía: *Illut prædoni imputari non potest cur passus est debitores liberari, et pauperiores fieri, et non eos convenit, quum actionem non habuerit; d. l.* 31, § 4.

Esta decision tiene lugar en el caso que el posesor tenga en efecto conocimiento de que no le pertenecen los bienes de la sucesion de los que se ha puesto en posesion, sin que sepa á quién pertenecen, y á quién debe restituirlos.

Al contrario, cuando el posesor de mala fe conoce al verdadero heredero á quien debe restituir los bienes de la sucesion; si, por no haber este posesor devuelto, tan pronto de poderlo hacer, los bienes y los títulos de la sucesion, el heredero que carecía de títulos no ha podido perseguir á los deudores de la sucesion, el posesor está, en este

caso, obligado para con el heredero, en concepto de daños y perjuicios, á indemnizar de las prescripciones sobrevenidas en los créditos y derechos de la sucesion que el heredero hubiera podido interrumpir, y á salir responsable de las insolvencias de los deudores, que hubiera podido prevenir, si el posesor en tiempo oportuno le hubiese restituido los títulos que necesitaba para proceder contra ellos.

SECCION V.

De las prestaciones personales que el demandante debe hacer á favor del posesor que tiene que restituirle los bienes de la sucesion.

438. El demandante cuya sentencia sobre peticion de herencia le ha sido favorable está, á su vez, obligado á ciertas prestaciones personales para con el posesor.

Del propio modo que la administracion de los bienes de la sucesion, en la que se ha entremetido quien se ha puesto en posesion de los mismos, obliga al posesor á rendir cuenta al verdadero heredero de lo que ha percibido ó debido percibir de los bienes de dicha sucesion, como lo acabamos de ver en la seccion precedente, así tambien obliga al heredero á dar razon al posesor de los gastos invertidos por éste en utilidad de los bienes de la sucesion.

Puede obligarse al heredero á que dé razon al posesor de los gastos de dos maneras:

1.ª Deduciéndolos de la cuenta que el posesor debe rendir de las cantidades cobradas de la sucesion de las que resulta deudor hácia el heredero.

2.ª Cuando los gastos invertidos por el posesor exceden á las cantidades de que es deudor, el heredero debe pagar de su bolsillo al posesor el excedente, el cual tiene derecho, hasta verificar el pago que debe hacerle, á retener las fincas y demas efectos de la sucesion, *reluti quodam pignoris jure*.

439. Cuando el posesor es un posesor de buena fe, para que los gastos invertidos le sean abonados con deducirlos de las cantidades cobradas de las de la sucesion de que es deudor, no implica que hayan sido hechos útilmente ó no; basta sólo que se hayan hecho. Es una consecuencia del principio de que tampoco sale responsable de lo percibido de los bienes de la sucesion, sinó hasta el completo de lo que resulte haber lucrado (1).

Así, pues, si ha pagado alguna cantidad á alguno que falsamente se pretendió acreedor de la sucesion, aunque este pago no haya redundado en beneficio de la misma, el heredero debe abonarle ó deducirle la suma pagada, reservándose pedirla al pretendido acreedor que la ha indebidamente recibido, *per condictionem indebiti*, para lo cual el posesor que la ha pagado, habiéndole sido abonada, debe transferir su derecho al heredero.

Cuando los gastos que el posesor de buena fe ha invertido exceden á la suma de que es deudor, para que el heredero esté obligado á pagarle de su bolsillo el excedente, es necesario que dichos gastos hayan sido hechos útilmente, ó cuando ménos que el posesor haya tenido algun justo motivo para hacerlos.

(1) El poseedor de buena fe recobra todos los gastos y mejoras que hubiere hecho en las cosas de la herencia. El de mala fe sólo pierde los voluptuarios, en caso de que no pudiese llevárselos sin detrimento de la cosa. (L. 36, § últ.; L. 39 D. de hæred. pet., tít. 3, lib. 5.)

En cuanto al posesor de mala fe, sólo puede exigir la deduccion de los gastos hechos, cuando han sido útiles y que la sucesion haya reportado lucro.

440. Los gastos que ordinariamente invierte para la sucesion consisten en los pagos que verifica á los acreedores de cantidades que la sucesion les debía. Estos gastos redundan en provecho de la sucesion, y por consiguiente deben ser abonados al posesor que ha verificado los pagos: *Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit; l.* 31, ff. *d. tit.*

Si el recibo de la cantidad que ha sido dada por buena al posesor fuese susceptible de alguna dificultad ó reparo de parte del acreedor en nombre de quien ha sido dado, no se la debe abonar á dicho posesor sinó á condicion de salir responsable de la misma, y de hacer valer el recibo, caso que el acreedor lo impugnara y pidiera la devolucion de la suma: *Julianus scribit, ita imputaturum possessorem, si caverit a se petitorem defensum iri; d. l.* 30.

441. Así como se debe abonar al posesor lo que ha pagado á los acreedores de la sucesion, se le debe igualmente reintegrar lo que se le debe cuando él mismo resulta acreedor de la sucesion. *Justus possessor dubio procul debebit deducere quod sibi debetur; d. l.* 31, § 2.

Segun el derecho romano, esta compensacion se deniega al posesor de mala fe: *Si aliquid prædoni debebatur, hoc deducere non debebit*; *d. l.* 31, § I. En nuestro derecho debe ser amitida si la deuda es cierta y líquida.

Se debe sobre todo abonar al posesor de mala fe, igualmente que al posesor de buena fe, los gastos satisfechos por la enfermedad del difunto, y lo mismo por los funerales: *In restituenda hæreditate compensatio ejus habebitur quod tu in mortui infirmitatem, inque sumptum funeris, bona fide ex propio tuo patrimonio erogasse probaveris*; *l.* 4, *Cod. de hæred. petit.*

Sin embargo, cuando los gastos que el posesor ha satisfecho para costear los funerales del difunto fuesen exorbitates, no deben abonarse al posesor de mala fe sinó en cantidad á que acostumbren á ascender, habida consideracion á la calidad y posicion del difunto.

443. El heredero debe tambien abonar al posesor las cantidades que ha satisfecho para pagar los legados que son debidos.

Si estos legados no fuesen debidos, porque ha sido declarado nulo el testamento que los contenía, no habiendo el pago en este caso redundado en provecho de la sucesion, el posesor de mala fe no puede hacerse dar por buenas las sumas que haya pagado para extinguir dichos legados; sólo tiene la accion contra los legatarios que las han indebidamente recibido, *per condictionem indebiti.*

Pero cuando el posesor que las ha pagado es un posesor de buena fe, se le consiente, en consideracion á su buena fe, retener las cantidades que ha satisfecho por los bienes de la sucesion; con la sola condicion, de su parte, de ceder al heredero las acciones que tiene contra los legatarios para exigirles lo que les ha pagado, por ejercerse dichas acciones á riesgos del heredero. Gaius nos dice esto mismo: *Si possessor hæreditatis ob id quod ex testamento hæredem se esse putaret, legatorum nomine de suo solvit; si quis ab intestato eam hæreditatem evincat* (1)..... *secundum senatus-consulti sententiam subveniendum ei est, ut ipse quidem ex retentione*

(1) Quo casu legata testamento relicta corruunt.

rerum hæreditariarum sibi satisfaciat, cedat autem actionibus petitori, ut suo periculo eas exerceat; l. 17, ff. *de petit. hæred.*

444. En la cuenta que rinde el posesor, áun de mala fe, de los frutos que ha percibido, se le deben abonar los gastos invertidos para hacerlos producir y para recolectarlos: *Fructus intelliguntur deductis impensis quæ quærendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonæ fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in prædonibus; l.* 36, § 5, ff. *de tit.*

El posesor de buena fe tiene la ventaja que tiene derecho á hacerse dar razon por el heredero de los gastos invertidos para hacer producir los frutos, aunque ninguno se haya cogido: *Si sumptum quidem fecit, nihil autem fructuum perceperit, æquissimum erit rationem horum quoque in bonæ fidei possessoribus haberi; l.* 37, ff. *d. tit.*

445. En cuanto á las mejoras hechas por el posesor en los bienes de la sucesion de los que estaba en posesion, no existe diferencia entre el posesor de buena fe y el de mala fe respecto á las necesarias; se debe dar razon de ellas al uno y al otro. Relativamente á las que sólo eran útiles, existen las dos diferencias, de que el posesor de buena fe tiene derecho á exigir su reembolso, así como lo que se le debe por el total de la suma á que ascendieron; al paso que dicho reembolso sólo se concede al posesor de mala fe, sinó por pura indulgencia y contra todo rigor de derecho, no debiéndosele otra cosa que el aumento de valor que tenga la finca sobre la cual se han hecho las mejoras: *In cæteris necessariis et utilibus impensis posse separari, ut bonæ fidei possessores has* (1) *quoque imputent, prædo autem de se queri debeat quod sciens in rem alienam impendit: sed benignius est in hujus quoque persona haberi rationem* (2) *impensarum; non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere... Plane potest in eo differentia esse, ut bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non extet in quam fecit, sicut tutor vel curator consequuntur; prædo autem non aliter quam si res melior sit; l.* 38, ff. *d. tit. Utiles autem necessariæque sunt, veluti quæ fiunt reficiendorum ædificiorum gratia, aut in novellata, etc.; l.* 39.

¿Qué hay que decir de las mejoras puramente de lujo? Gaius las abona al posesor de buena fe; pero al de mala fe sólo le concede la facultad de llevarse lo que sea susceptible de separacion.

Videamus tamen ne ad picturarum quoque et marmorum, et cæterarum voluptuariarum rerum impensas æque proficiat exceptio? Utique si modo bonæ fidei possessores sumus: nam prædoni probi dicetur non debuisse in alienam rem supervacuas impensas facere, ut tamen potestas ei fuerit tollendorum eorum quæ sine detrimento ipsius rei tolli possunt; d. l. 39, § I.

446. El heredero á quien el posesor restituye los bienes de la sucesion, no solamente le debe satisfacer lo que ha desembolsado por razon de dichos bienes, sí que tambien indemnizarle de las obligaciones contraidas referentes á alguna finca de la sucesion. Paul cita este ejemplo: *Si possessor caverit, v. g. damni* (3) *infecti, cavendum est possessori; l.* 40, §. 3, *d. tit.*

Se pueden citar otros ejemplos.

(1) Scilicet utiles.
(2) *Secus* en materia de accion en reivindicacion; *supra*, número 350.
(3) La caucion *damni infecti* es la que se refiere al propietario de

SECCION VI.

De las acciones que son á semejanza de la peticion de herencia.

447. Cuando el rey ha sucedido por derecho del fisco á los bienes de un difunto extranjero ; cuando ha sucedido por derecho de bastardía ó de desheredacion á los bienes de un difunto muerto sin haber dejado herederos , ó por derecho de confiscacion á los bienes de un condenado ; así como cuando un señor de horca y cuchillo sucede á los bienes de un difunto por derecho de desheredacion ó por derecho de bastardía , en los casos en que tenga derecho ; ó cuando sucede á un condenado ; en todos estos casos , el rey y señor de horca y cuchillo no hereda los bienes ni del difunto ni del condenado, porque heredero es el que sucede á la persona del difunto de quien es una continuacion y á cuyos derechos sucede tanto activos como pasivos. Luego el rey ni el señor de horca y cuchillo, quienes suceden , en todos estos casos, á los bienes del difunto ó del condenado, no suceden por la razon dicha á su persona , como tampoco á su herencia. El extranjero que no deja ningun hijo en Francia y el condenado á pena capital no legan ninguna herencia ; su persona queda enteramente extinguida por la muerte ; nada dejan que pueda representarla. El difunto, á

una casa colindante á la mía, el cual teniendo motivo para temer que se desprenda alguna cosa de mi casa, que cause algun daño á la suya, tiene derecho á exigirme le indemnice de este daño caso que se haya experimentado. Si el posesor ha contraido análoga obligacion para con un vecino, por una casa de la sucesion, el heredero á quien el posesor restituye esta casa, debe prestarle caucion para indemnizarle.

cuyos bienes el rey ó el señor de horca y cuchillo suceden por derecho de desheredacion , deja poco ántes de morir una herencia que representa su persona ; pero cuando, por no presentarse ningun pariente para hacerse cargo de esta herencia , el rey ó el señor de horca y cuchillo suceden á los bienes dependientes de la misma no es la herencia de la que se incautan , ni á la que suceden ; suceden únicamente á los bienes que de la misma dependen, como á bienes vacantes , y que no han sido reclamados por nadie. Entiéndase sobre esto que el rey ó el señor de horca y cuchillo que suceden á los bienes de que se trata no quedan directamente responsables de las deudas del difunto, como lo hubiera sido el que se hubiese hecho cargo de su herencia : sólo lo quedan indirectamente, porque estas deudas son cargas de bienes á los que suceden segun la máxima, *bona intelliguntur cujusque quæ deducto ære alieno supersunt; l.* 39, § 1, ff. *d. verb. sign.* De esta obligacion pueden libertarse con abandonar los bienes, á diferencia de un heredero, que no puede hacerlo, porque se le considera como sucesor *in universum jus defuncti.*

De todo lo que acabamos de decir resulta que ni el rey ni el señor de horca y cuchillo pueden tener la peticion de herencia propiamente dicha , para reivindicar la sucesion de los bienes de un difunto ó de un condenado que pretenden les pertenece á título de fisco, bastardía , desheredacion ó confiscacion , contra los posesores que se hubiesen apoderado de dichos bienes ó en parte , y que disputasen la sucesion al rey ó al señor ; porque la peticion de herencia , como la hemos definido *supra*, núm. 365, es una accion por la cual un heredero reivindica una heredad que le pertenece , contra los poseso-

res de algunos bienes ó derechos de esta heredad que se la disputan. El rey ni el señor de horca y cuchillo, no siendo herederos de aquel á cuyos bienes suceden, y esta sucesion no siendo una herencia, se sigue de esto que no pueden tener por razon de esta sucesion la peticion de herencia contra los que se la disputan.

Pero, si el rey y el señor de horca y cuchillo no pueden tener la peticion de herencia, por razon de dichas especies de sucesion de bienes, se les puede conceder una accion que viene á ser *lo mismo que* la peticion de herencia, por la cual puede reivindicar el derecho de sucesion á la universalidad de los bienes del difunto ó del condenado, la cual les pertenece á título de fisco, bastardía, desheredacion ó confiscacion, contra los que se han puesto en posesion de dichos bienes ó en parte.

Esta accion es, al igual que la peticion de herencia, una accion *in rem* que nace del derecho de propiedad de la sucesion á la universalidad de los bienes del difunto ó del condenado, derecho que han adquirido en virtud del principio del derecho del fisco, bastardía, desheredacion ó confiscacion, por el cual el rey ó el señor de horca y cuchillo reivindican, no una cosa particular, sinó el derecho de sucesion á la universalidad de los bienes del difunto ó del sentenciado á título del fisco, bastardía, desheredacion ó confiscacion, contra el posesor que les impugna este derecho.

Todo lo que hemos dicho de la peticion de herencia en las secciones precedentes puede perfectamente aplicarse á esta accion que el rey y el señor de horca y cuchillo tienen *á semejanza* de la peticion de herencia.

448. Igualmente, en las provincias donde hay

siervos, cuando un señor sucede á un siervo suyo, no es que sea heredero del mismo; sucede únicamente á la universalidad de sus bienes: no es, pues, la peticion de herencia, sinó una accion *á su semejanza* que tiene contra los que se hayan puesto en posesion de todos los bienes ó en parte de este siervo, y que le disputen esta sucesion.

449. La universalidad de los bienes mobiliarios que un religioso proveido de un beneficio en virtud del cual se ha exclaustrado, tenía miéntras vivía, y que á su muerte dejó, no es una heredad, porque una heredad es una sucesion á todos los derechos activos y pasivos del difunto, en la que se continúa la persona civil del difunto, y de la que se reviste el heredero que recoge la herencia.

Es evidente que esto no puede convenir á un religioso, que habiendo, por su profesion religiosa, perdido el estado civil, no puede tener una heredad que sea la continuacion de una persona civil. La universalidad de los bienes mobiliarios que un religioso ha dejado á su muerte, á la cual se da el nombre de *peculio*, no puede, pues, pasar por una herencia; y por consiguiente, los llamados por la ley á la sucesion de dicho peculio no tienen la peticion de herencia, sinó otra accion *á su semejanza,* contra los que se hubiesen puesto en posesion en todo ó en parte de los efectos de ese peculio, y cuya sucesion les disputaran.

FIN DEL TRATADO DEL DERECHO DE DOMINIO DE LA PROPIEDAD.

ÍNDICE.



Págs.

Págs.

SEGUNDA PARTE.

Págs.